Eigentum im „öffentlichen Eigentum"

Ein Beitrag zur Geschichte des Eigentums und der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps - Universität zu Marburg

vorgelegt von

Werner Steudel

Gerichtsreferendar aus Essen

Marburg 1934

Druck: Heinrich Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 11. Juni 1934.

Berichterstatter:

1. Professor Dr. jur. Dr. phil. Dr. rer. pol. Erich Jung.
2. Professor Dr. jur. Dr. phil. Felix Genzmer.
3. Professor Dr. jur. Walther Merk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum.

Ackermann: Enteignung und Eigentumsschranken. Diss. Köln 1932.

van Almsick: Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs unter besonderer Berücksichtigung der Fälle des Sondergebrauchs an ihnen. Diss. Münster 1927.

Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Verwaltungsarchiv Bd. 5 (1897) S. 1—136.

— Die Verfassung des Deutschen Reiches. Kommentar. 3. Bearb. 13. Aufl. 1930.

Apelt: Gibt es ein Recht des einzelnen auf Benutzung der öffentlichen Wege? Fischers Zeitschrift, Bd. 30 (1906) S. 97—112.

Behr: Besprechung von: Biermann, Die öffentlichen Sachen. Archiv des öffentlichen Rechtes, Bd. 21 (1907) S. 347—350.

Biermann: Die öffentlichen Sachen. 1905.

Blomeyer: Die außerpositiven Grundlagen des Privateigentums. Diss. Jena 1929.

Boehmer, Georg Ludwig (Gerhard Ludwig Voigt): De iure principis circa loca et opera publica. Diss. Göttingen 1727.

Bornhak: Preußische Staats- und Rechtsgeschichte. 1903.

Bredt: Der Geist der Deutschen Reichsverfassung. 1924.

Bühler: Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht (2. Aufl.) Verwaltungsarchiv Bd. 27 (1919) S. 283—313.

Cocceji, Heinrich von: Grotius illustratus seu Commentarii ad Hugonis Grotii de iure belli et pacis libros tres; herausgegeben von S. d. C. H. F. (Samuel de Cocceji — huius filius? —) Breslau 1744, 46, 47.

Cuiac: Opera omnia. Neapel 1758. Tom. I.

Davidson: Der Rechtsschutz des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen. Diss. Göttingen 1889.

Dernburg: Die Phantasie im Rechte. 2. Aufl. 1894.

— Pandekten. Bd. I. 1884.

Donellus: Opera omnia; Tom. I. Lucae 1762.

Dreyer: Der Entschädigungsanspruch der Straßenanlieger. Teil I. Verwaltungsarchiv Bd. 17 (1909) S. 195—262. Teil II, ebenda Bd. 20 (1912) S. 161—221.

Endemann: Römisches Privatrecht. 1925.

Eisele: Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht. Basel 1873.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes. 8. Aufl. 1928.

Fleischmann: Grenzen der Rechtswirksamkeit einer Tarifabrede in Straßenbenutzungsverträgen. Gruchots Beiträge Bd. 61 (1917) S. 689—747.

v. Freytagh-Loringhoven: Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit. 1924.

Friedrichs: Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht. Archiv des öffentlichen Rechts Bd. 40 (1921) S. 257—348.

— Eigentum an öffentlichen Wegen. Gruchots Beiträge Bd. 62 (1918) S. 456 bis 478.

— Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931. Kommentar 1932.

Genzmer: Besprechung von G. Lassar: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts. Juristische Wochenschrift (JW.) 1919, S. 809/810.

Germershausen: Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen. 4. Aufl. I. Bd. 1932.

Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, III. Bd. 1881.

— Deutsches Privatrecht. II. Bd. Sachenrecht. 1905.
Giese u. A.: Deutsches Verwaltungsrecht. 1930.
Giese: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 8. Aufl. 1931.
Grimm, J.: Deutsche Rechtsaltertümer. 4. Ausgabe. II. Bd. 1899.
Grimm, W.: Freidanks Bescheidenheit, herausgegeben in Göttingen 1834.
Grotius: De iure belli ac pacis, libri tres; annotata Dissertatio de mari libero, Amstelaedami 1667.
— Mare liberum sive de iure quod Batavis competit ad Jndicana commercia. Lugduni Bat. (Leyden) 1618.
Güthe: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Herausgegeben von Triebel, II. Bd. 1929.
Hartmann: Haftung des Staates und der Gemeinden für Verkehrssicherheit auf öffentlichen Wegen. Preußisches Verwaltungsblatt, 37. Jhg. 1916. S. 565—67.
Hatschek: Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche. Verwaltungsarchiv Bd. 7 (1899) S. 424—480.
— Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 7.—8. Aufl. 1931.
Heck: Grundriß des Sachenrechts. 1930.
Hedemann: Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1924.
Heusler: Deutsche Verfassungsgeschichte. 1905.
Hirsekorn: Über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Diss. Berlin 1879.
Hofacker: Das „Eigentum" an Wasserläufen. Verwaltungarchiv Bd. 30 (1925) S. 161—178.
— Der logische Aufbau des Deutschen Rechts. 1924.
— Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform. 1919.
— Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen. 1926.
Holstein: Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. 1921.
Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts. 5. Aufl. 1930.
Jellinek, G.: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. (1914) 1920.
— Besprechung von: Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. Verwaltungsarchiv Bd. 5 (1897) S. 304—314.
Jellinek, W.: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1931.
v. Jhering: Vermischte Schriften juristischen Inhalts. 1879. III. Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel. Ein Rechtsgutachten (1862).
Jung: Bürgerliches Recht in: Das gesamte deutsche Recht, herausgegeben von R. Stammler. 1931.
Jung: Eigen und Erbe. Über die „außerpositiven" Grundlagen des Privateigentums. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 19. Bd., Heft 4, 1926, S. 533 bis 566.
v. Keller: Erwiderung auf das veröffentlichte Gutachten des Herrn Prof. Dr. J. Rüttimann betreffend die Basler Festungswerke. Basel 1860.
— Rechtsgutachten die Festungswerke der Stadt Basel nach deren gegenwärtigem Rechtsverhältnisse betreffend. 1861.
Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1923.
— Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäft. Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 31. S. 190 ff.
Kisch: Grundriß des deutschen Konkursrechts. 10./11. Aufl. 1932.
Kloeß: Die allgemeinen Sachen Luft und Wasser nach geltendem Recht unter Berücksichtigung des Gemeingebrauchs, der Rauchbekämpfungs- und Abwässerfrage. Halle 1907.
Koch: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Kommentar. 5. Ausgabe. 1876, IV. Bd.
Koehne: Ist die laufende Verwaltung der Ortsstraßen im preußischen Landrechtsgebiete ein Ausfluß privaten oder öffentlichen Rechts? Verwaltungsarchiv Bd. 8 (1900) S. 116—135.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd.: Vermögensrecht. II. Teil: Sachenrecht. 1919.

Kollath: Die Geltung der römisch-rechtlichen Grundsätze über die res extra commercium im heutigen Recht. Diss. Breslau 1894.

Kormann: Grundzüge des sächsischen Wegerechts. Fischers Zeitschrift. Bd. 43 (1914) S. 1—111.

Krückmann: Besprechung des Art. 131 RV. Juristische Wochenschrift 1928, I. Bd. S. 646—649 (B. 646).

Lassar: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts. 1919.

Lehning: Das Wesen des Rechtes auf Gemeingebrauch öffentlicher Sachen nach heutigem gemeinem Recht und nach preußischem Landrecht. Diss. Erlangen 1898.

Leonhard: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. 1926.

Lewy: Zur Geschichte und heutigen Berechtigung des Begriffs: Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch (res publicae in publico usu). Diss. Greifswald 1910.

Leyser: Meditationes ad Pandectas, Halae 1772.

Locke: Two Treatises of Government. II. Buch (1689). 7. Aufl. 1772.

Loeb: Öffentliches Recht — Privatrecht — Sozialrecht. Die Dreiteilung im Rechtssystem. Diss. Frankfurt 1930.

Maunz: Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts. Eine Studie zur Methodik und Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts. 1933.

Mayer: Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums (Vortrag, gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft am 6. März 1907). Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 21 (1907) S. 499—522.

— Neues vom öffentlichen Eigentum. Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 39 (1920). S. 77—95.

— Deutsches Verwaltungsrecht. II. Bd. der 2. Aufl. 1917 und der 3. Aufl. 1924.

Menger: Neue Staatslehre. 1903.

Meyn: Kurze Bücheranzeigen in der Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. 12. Jahrg. 1918 S. 959: Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht.

Mezger: Strafrecht. 1931.

Moll: Zur Lehre von den öffentlichen Sachen. Gruchots Beiträge Bd 54 (1910) S. 313—354.

Moser: Von der Landeshoheit in Anschung Erde und Wassers. 1773.

Nawiasky: Bayerisches Verfassungsrecht. 1923.

Neuhoff: Bedeutung und Tragweite des Art. 153 der Reichsverfassung nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Marburg 1930.

Noodt: Opera omnia, Lugduni Bat. 1713.

Pernice: Die sogenannten res communes omnium: Festgabe der Berliner Juristen-Fakultät für Dernburg. 1900.

Peters: Die Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlichrechtlichen Eigentums in besonderer Beziehung auf Stücke aus Archiven des Staates oder anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften in Preußen. Verwaltungsarchiv Bd. 24 (1916) S. 167—183.

v. Philippovich: Grundriß der Politischen Oekonomie. Bd. I. 18. Aufl. 1923.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bisher herausgegeben von E. Strohal. III. Bd.: Sachenrecht, 4. Aufl. 1920.

Puntschart: Das „Inwärts-Eigen" im österreichischen Dienstrecht des Mittelalters. Ein Beitrag zur Eigentumstheorie. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 43. Bd. Germanistische Abteilung, 1922, S. 66—102.

Radbruch: Rechtsphilosophie. 3. Aufl. 1932.

Regelsberger: Pandekten. Bd. I. 1893.

Reichsgerichtsräte-Kommentar: II. Bd. Sachenrecht. 3. Aufl. 1921. III. Bd. Sachenrecht. 6. Aufl. 1928.

Rüttimann: Gutachten betreffend die Rechte, welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen. Zürich. 22. 8. 1859, veröff. 1859.

Schäfer: Das Wesen des Rechtes auf Gemeingebrauch öffentlicher Sachen nach gemeinem Recht und preußischem Landrecht. Diss. Greifswald. 1898.

Schelcher, H.: Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum. Fischers Zeitschrift Bd. 48 (1918) S. 345—397.

Schelcher, W.: Artikel 153. Die Rechte und Pflichten aus dem Eigentum, in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. 1930. S. 196—249.

— Die rechtliche Natur der fließenden Gewässer und der Privatrechte an solchen nach dem sächsischen Wassergesetze vom 12. März 1909. Fischers Zeitschrift Bd. 46 (1917) S. 349—393.

— Öffentliche Gewalt und öffentliche Verwaltung. Fischers Zeitschrift. Bd. 35 (1909) S. 1—32.

Schilter: Praxis iuris Romani in foro Germanico. Lipsiae et Jenae 1675.

Schmidt: Die Grundbegriffe des Wegerechts. Fischers Zeitschrift. Bd. 47 (1918) S. 1—174.

Schultzenstein: Besprechung von: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts. G. Lassar. Verwaltungsarchiv Bd. 28 (1921) S. 80—82.

— Die Widmung zum öffentlichen Wege. Verwaltungsarchiv Bd. 28 (1921) S. 169—185.

Schwalbe: Grundfragen des Wasserrechts. Diss. Marburg 1929.

v. Seydel: Grundzüge einer allgemeinen Rechtslehre. 1873.

Sohm: Vermögensrecht. Gegenstand. Verfügung. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 28 (1906) S. 173—206.

Spengler: Der Untergang des Abendlandes. II. Bd. 16.—30. Aufl. 1922.

Stammler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 3. Aufl. 1928.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. III. Bd. Sachenrecht. 5./6. Aufl. 1910. — 9. Aufl. 1926.

Stryk: Usus mod. pandectarum, Halae Magdeburgicae 1730.

Thiele: Das Wesen des Gemeingebrauches an den res privatae, unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Servituten, nach gemeinem Recht. Diss. Erlangen 1898.

Vaihinger: Die Philosophie des Als Ob. 1. Aufl. 1911.

Voet: Commentarius ad Pandectas. Coloniae 1759, Halae 1776. Tom. I.

Walz: Vom Wesen des öffentlichen Rechts. Akademische Antrittsvorlesung 1927 in Heft 15 der Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht. 1928.

Wappäus: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. 1867.

Winnig: Befreiung 1926.

Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. III. Bd.: Das Sachenrecht. 8. Bearb. 1929; 9. Bearb. 1932.

— Reichsverfassung und Eigentum: Festgabe für Kahl. 1923.

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

Einleitung 1

I. Teil: Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Begriffs „öffentliche Sachen im Gemeingebrauch" . . . 3

1. Abschnitt: Das römische Recht 3

2. Abschnitt: Das deutsche Recht 11

II. Teil: Das Eigentum und seine rechtliche Erfassung 23

1. Abschnitt: Die rechtsgeschichtliche Entwicklung 23

§ 1. Das römische Recht . . . 24

§ 2. Das deutsche Recht . . . 25

§ 3. Die Zeit nach der Rezeption . . 27

2. Abschnitt: Der gesetzliche Niederschlag . . 28

3. Abschnitt: Die außergesetzlichen Grundlagen . 29

4. Abschnitt: Die Abwandlungen des Eigentumsbegriffs in der Sozialisierung . . 32

5. Abschnitt: Die Gewährleistung des Eigentums . 35

III. Teil: Die rechtliche Struktur des Eigentums an „öffentlichen Sachen" . 39

1. Abschnitt: Die privatrechtliche Auffassung . 39

2. Abschnitt: Die öffentlichrechtliche Auffassung (Mayer) 41

3. Abschnitt: Einwendungen gegen die Theorie Mayers 42

§ 1. Keine Fortsetzung der Fiskustheorie in der herrschenden Auffassung (v. Almsick) 42

§ 2. Das öffentliche Eigentum und das geltende Recht 43

§ 3. Der Gegensatz imperium - dominium und Mayers Lehre (Hatschek) 45

§ 4. Inhalt und Grenzen des öffentlichen Eigentums (H. Schelcher) . . 49

§ 5. Die Lehre Hofackers . . . 51

§ 6. Keine Verschmelzung von Eigentum und öffentlicher Verwaltung . . 57

IV. Teil: Die rechtliche Einordnung der „öffentlichen Sachen" 66

1. Abschnitt: Der Begriff „Sache" im Privatrecht und die „öffentliche Sache" . . 66

2. Abschnitt: Die „öffentliche Sache" als Erscheinungsform der öffentl. Verwaltung 69

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554410_0083

Einleitung.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit gab das Studium des zweiten Bandes des deutschen Verwaltungsrechtes von Otto Mayer, insbesondere die vergleichsweise Durcharbeitung der zweiten und dritten Auflage. Die 3. Auflage von 1924 ist gegenüber der 2. Auflage von 1917 stark gekürzt und enthält nicht den Satz, der zum Ausgangspunkt der nachstehenden Untersuchungen geworden ist.

In der 2. Auflage sagt Otto Mayer[1]):

„Wer öffentliches Eigentum für kein Eigentum ansieht, muß die Widmung als einen Fall des Eigentumsverlustes ansehen — was allerdings sehr schief gedacht wäre."

Der hier sofort entstehende Einwand, daß auch ohne das öffentliche Eigentum die Wirkung einer Widmung keinen Verlust des Eigentums bedeutet, erscheint berechtigt. Was würde wohl mit einem Grundstückseigentümer nach der Entwidmung seines Grundstücks geschehen? Bleibt ihm sein Grundstück verloren? Er ist genau so der unbehinderte Eigentümer wie vor der Widmung. — Der Schluß Mayers bezüglich der Wirkung der Widmung erscheint unzutreffend — er gibt ja selbst in einem Nachsatz die Unsinnigkeit der Folgerung zu. Ohne Anerkennung des öffentlichen Eigentums, dessen Identität mit dem privatrechtlichen Eigentum Mayer immer betont, gelangt man in der Erklärung der Vorgänge nach der Widmung zu der so leidenschaftlich von Mayer bekämpften Fiskuslehre. Es kommt Mayer nicht in den Sinn, diese Lehre bei Ablehnung seines öffentlichen Eigentums als Aushilfskonstruktion zu betrachten. Gerade der Kampf gegen sie läßt Mayer zu dem Schluß von dem Eigentumsverlust auf Grund der Wirkung der Widmung kommen. Mit dieser Folgerung fordert Mayer die Anerkennung seines öffentlichen Eigentums.

Es soll hier nicht so sehr auf den unzutreffenden Schluß Gewicht gelegt werden, als vielmehr auf die darin schlummernde Anschauung über das Eigentum.

Aus der für Mayer zwingenden Folgerung, daß Widmung zum Eigentumsverlust führen müsse, wäre zu schließen, daß Eigentum darnach alles das ist, was die Widmung vernichtet; das ist nur die Summe des Nutzens, den der Eigentümer vor der Widmung an seinem Grundstück hat. In dem-

1) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II. Bd., 1917, S. 111.

selben Satz wird diese Vorstellung vom Eigentum von Mayer als schief bezeichnet. Dieser Ablehnung einer solchen Eigentumsbetrachtung steht aber wiederum die zwingende Folgerung gegenüber, man müsse die Widmung einen Eigentumsverlust nennen; hieraus ist ein Rückschluß dahin möglich, daß das Eigentum doch als der persönliche Nutzen angesehen wird.

Eine einwandfreie Feststellung der Vorstellungen Mayers vom Eigentum kann aus diesem Zwiespalt allein nicht gewonnen werden. Ob sich Mayer in dieser seiner Behauptung, daß man die Wirkung der Widmung als Eigentumsverlust ansprechen müsse — indirekt, daß Eigentum gleich der Summe von Nutzen sei —, unsicher gefühlt hat, ist nicht feststellbar. Die textliche Kürzung der 3. Auflage und das Verschwinden des Satzes daraus hat jedenfalls nicht, wenn dies zutrifft, eine Bereinigung des gedanklichen Aufbaus der Lehre zur Folge gehabt.

Ich glaube aber, daß die Vorstellungen über das Eigentum, die vom Nutzen aus konstruieren, wie der oben ausgeführte Satz im Widerstreit mit dem allgemeinen Rechtsempfinden zeigte, maßgeblich für die Theorie vom öffentlichen Eigentum geworden sind.

Ein Nachweis dieser Vorstellungen ist allerdings nicht auf den Niederschlag im Mayerschen Schrifttum beschränkt, vielmehr ist als dessen Voraussetzung und Ergänzung die Verfolgung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch wie auch des Eigentums unerläßlich.

Es wird sich dann ergeben, inwieweit die Vorstellungen Mayers vom Eigentum als richtig anzusehen sind, und ob die von ihm gedachte Verschmelzung von öffentlicher Verwaltung und Eigentum zur Erfassung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zu bejahen ist.

Unser heutiges Recht setzt sich aus römischen wie deutschen Auffassungen zusammen; diese aber haben verschieden tiefe Spuren in den heutigen Begriffen hinterlassen; es ist daher notwendig, daß sie bei den Gemeingebrauchssachen aufgezeigt und geprüft werden; weiterhin sind die Grundlagen der römischen wie deutschen Auffassung daraufhin zu prüfen, auf welche anderen allgemeinen Anschauungen sie sich zurückführen lassen und ob diese noch heute in irgendeiner Form Geltung beanspruchen dürfen.

I. Teil:

Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Begriffs „Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch".

1. Abschnitt: Das römische Recht.

Der römischrechtliche Begriff der res publicae in publico ist wohl aus Erwägungen nicht juristischer Art entstanden. —

An zwei Stellen im corpus iuris wird von diesem Begriff gesprochen; da sie von grundlegender Wichtigkeit sind, sollen sie einander gegenübergestellt werden. (Siehe Anlage nach S. 79).

Die Digesten teilen nach Marcian die res publicae i. p. u. in vier Gruppen ein:

1. die res communes omnium,
2. die res universitatis,
3. die res nullius,
4. die res singulorum.

Von diesen werden die res communes omnium irgendwie mit dem ius naturale verbunden.

Den Ausgangspunkt bildet die Aufzählung von Luft, fließendem Wasser, Meer und Meeresgestade. Florentinus setzt die Verbindung zum ius naturale in der Aufzählung der Funde am Meeresstrand fort; diese Gedanken finden ihre Weiterführung in Marcians Feststellung „quia non sunt iuris gentium" (L. 4); eingeschoben wird nunmehr, daß fast alle Flüsse und Häfen die Eigenschaft „publica" hätten, und die weitere Aufzählung durch Gaius schließt sich an den Gedankengang Marcians („quia non sunt iuris gentium") in gegensätzlicher Art an („est iuris gentium" L. 5).

In den Institutionen findet man einen Vereinigungsversuch dieser von Marcian und Gaius stammenden Digestenbruchstücke[1]). —

Hier werden auch die res publicae in einer Fünfteilung herausgestellt. — Aufgezählt werden

---

1) Dies Bestreben geht nach Lewy, Zur Geschichte und heutigen Berechtigung des Begriffs: öff. Sachen . . . Diss. Greifswald 1910, S. 13, deutlich daraus hervor, daß die Gedankenlosigkeit des Gaius die Zulässigkeit des „retia siccare et ex mare reducere" L. 5 aus der Publizität des Flußufers herzuleiten, durch Umstellung vermieden wird. § 5 Inst.

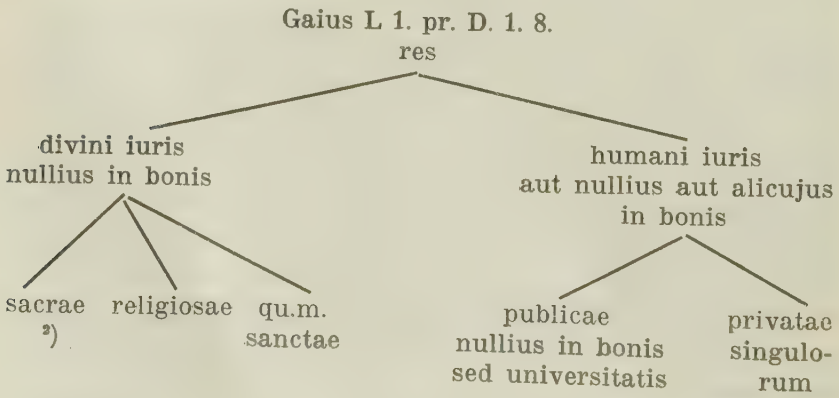
1. die res naturali iure omnium communes,
2. publicae,
3. universitatis,
4. nullius,
5. singulorum.

Indessen wird durch diese Maßnahme nicht klarer, welche Dinge zu den einzelnen Klassen gerechnet werden.

Luft, fließendes Wasser, Meer und Meeres u f e r, an dessen Betreten niemand gehindert werden darf, zählen zur ersten. F l ü s s e aber und Häfen, wo allen gemeinsam die Fischerei zusteht, zur zweiten Klasse. — Es folgt die Bestimmung des M e e r e s u f e r s, darauf die des öffentlichen Gebrauchs des F l u ß u f e r s, der ebenso wie der Fluß „iuris gentium" sei; dort kann man landen und auch Flöße aus dort stehenden Bäumen herstellen. Das Ufereigentum steht den Anliegern zu, denen auch die dort gewachsenen Bäume gehören.

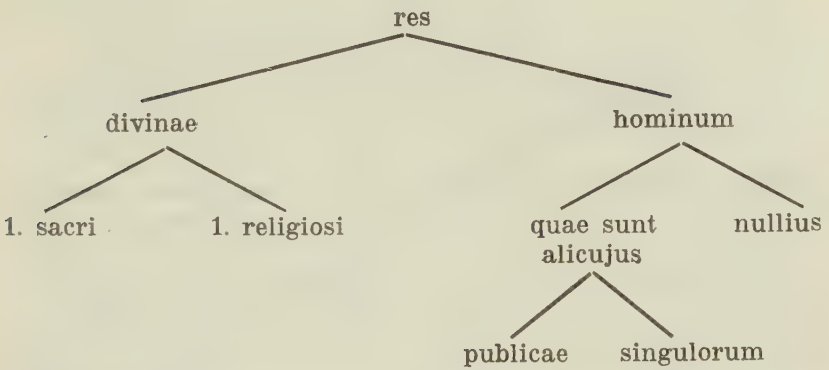
Verständlich ist nicht, weshalb zwischen den res c. o. und den res p. unterschieden wird, weshalb der ersten Klasse das Meer, der zweiten die Flüsse zugezählt werden, wo bei beiden nur freies Betreten des Ufers wie der freie Fischfang hervorgehoben werden. —

Es leuchtet ein, daß hier nicht zueinander passende Anschauungen vereinigt sind; dies zeigt sich auch bei der Betrachtung der Schemata, die sich aus den Aufzählungen des G a i u s wie des U l p i a n ergeben:



2) Vgl. H e i n r. W a p p ä u s, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen . . . Gött. 1867, S. 6.

Dazu: Ulpianus L 1. D. 43. 1.



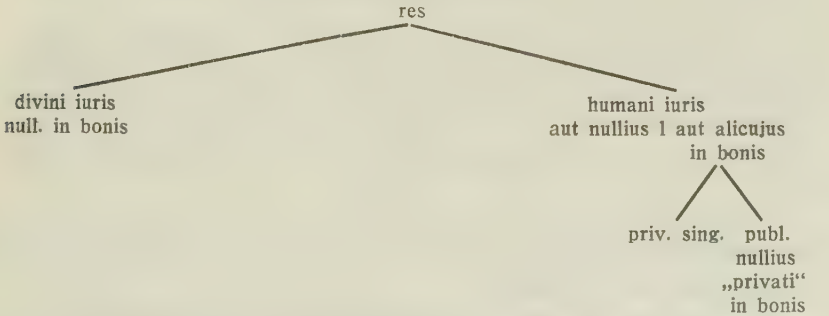
Die Inkongruenz beider Digestenschemata hat von jeher Kopfzerbrechen verursacht. Die res publicae des Gaius können doch nicht die res nullius des Ulpian sein[3])!

Ganz unübersichtlich wird die Einteilung, wenn man die des Marcian in die des Gaius hineinzufügen versucht. — Unter die res publicae des Gaius kann sie nicht gebracht werden, denn damit würden die res sacrae und sanctae unter die res humani iuris zu stehen kommen!

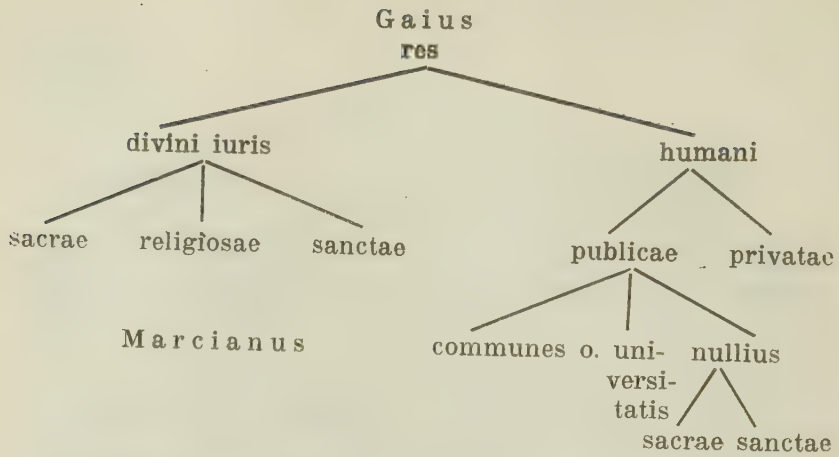
---

3) Gaius zählt zu den res nullius, die nicht publicae sind, überdies noch die res hereditariae; wo diese unterzubringen sind, ist ganz unklar. Die Glosse ergänzt daher bei den res nullius in bonis (des Gaius) — „privati" — und reiht damit die res publicae und privatae unter die res quae in bonis sunt (wie Ulpian) ein.

Gaius: (schematisch nach Glosse)



Hierfür fehlt aber die Berechtigung, da man Gaius nicht vorwerfen kann, dies vergessen zu haben, schon mit Rücksicht auf die gerade vorher behandelten „res divini iuris", die auch „nullius in bonis" sind.



Eine Erklärung kann für die verschiedenen Einteilungen nur dann gegeben werden, wenn man mit Lewy[4]) annimmt, daß Gaius unter universitas die Allgemeinheit verstanden und deswegen publicus als gemeinfrei, wie sonst auch, angesehen hatte (vgl. Neratius L. 14. D. 41. 1. und Aristo nach Pomponius L. 10. D. 1. 8.)[5]), Marcian hingegen universitas als juristische Person aufgefaßt hatte; man vergleiche L. 6. § 1 D. 1. 8. aus der Anlage: universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt . . . . . ideoque nec servus communis civitatis, singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis et ideo tam contra civem, quam pro eo, posse servum civitatis torqueri, divi fratres rescripserunt.

Nur wenn der Staat mit den municipia und civitates in einen Begriff gefaßt wurde, nämlich universitatis, ist eine Einteilung für die Staatssachen hiernach möglich.

Dies konnte nur so lange als richtig empfunden werden, als Rom immerhin als Stadtstaat angesehen wurde; als sich aber die Wandlung vom Stadtstaat zum Weltstaat vollzog, und damit die Konsulatsverfassung dem Imperator Augustus wich, paßte die Zuteilung der Staatssachen zu denen der Municipien nicht mehr[6]).

Von maßgeblichem Einfluß für die rechtliche Einordnung der öffentlichen Sachen hat man demnach die Wandlung der Staatsauffassung zu halten.

---

4) Vgl. hierzu und zum Folgenden: Lewy, a. a. O. S. 16 ff.
5) Aristo: quod mari occupatum sit, fieri publicum.
6) Vgl. Schäfer, Das Wesen des Rechtes auf Gemeingebrauch. Diss. Greifswald 1898, S. 13.

Daß schon Ulpian dies wohl empfunden hatte, zeigt seine Bemerkung: bona civitatis abusive publica dicta sunt (L. 15. D. 50. 16.) [7]).

Die Gleichstellung von Staats- und Korporationssachen war demnach nicht mehr zu halten; man trennte beide in der Einteilung. Da die Staatssachen aus dem Begriff „universitatis" ausscheiden, werden sie anders bezeichnet; was liegt hier näher als der Begriff „publicus" [8])?

Die Fünfteilung der Institutionen [9]) findet hiermit eine haltbare Erklärung. Eine gleiche Teilung wird in den Digesten dadurch versucht, daß zwischen die res c. o. und die res universitatis die Häfen und Flüsse als „publica" geschoben werden.

Die Einteilungen sind alles andere als scharf juristisch. Einflüsse außerrechtlicher Art bildeten die Begriffe um. Die Idee des Weltstaates, die mit fortschreitender Eroberung und Entwicklung eine Trennung der Staatssachen von den Korporationssachen im Gefolge hatte, führte aber auch zu einer Annäherung der res c. o. und der res p. [10]). (Vgl. Gaius, universitas = Allgemeinheit und publicus = gemeinfrei).

Zunächst sei noch ein Wort über die Behandlung der beiden Arten der „res" gesagt.

So uneinheitlich wie die res c. o. werden auch die res p. behandelt.

Aus den res c. o., zu denen Marcian Meer und Meeresufer zählt, sei als Beispiel dafür das Meeresufer herausgegriffen. Einerseits wird behauptet, jeder könne am Meer bauen; nur sei dies bei Schädigung des Gemeingebrauchs unerlaubt [11]); andererseits ist dafür sogar obrigkeitliche Erlaubnis notwendig und das Ufer steht unter Staatsschutz [12]).

(Vgl. L. 14. D. 41. 1.; L. 1. § 18. D. 39. 1.;
L. 4. D. 43. 8.; L. 50. D. 41. 1.; —
L. 3. D. 43. 8.; L. 3. § 4. D. 43. 24.)

Ebensolche Unsicherheit ist zu finden bei der Behandlung der res publicae, die in die res patrimonio populi und die res in usu publico geteilt werden. (In entsprechender Unterscheidung teilt Papinian in res non in publico usu, sed in patrimonio fisci, L. 72. § 1, D. 18. 1.).

Aus den Worten Ulpians bei der Behandlung der Vermächtnisse (L. 39 §§ 8—10. D. 30, L. 40. D. 30.) sind die res publicae in die 1. res in publico usu 2. in patrimonio populi 3. in

---

7) Vgl. Schäfer, a. a. O. S. 46.

8) Die Gleichsetzung v. Staatssachen mit publicus ergibt geradezu L. 1. 15. D. 50. 16.: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt! —

9) S. 4 dieser Abhandlung zu vergleichen.

10) Vgl. Endemann, Römisches Privatrecht, 1925, S. 100.

11) Vgl. Endemann, a. a. O. S. 100.

12) Vgl. Lewy, a. a. O. S. 18.

patrimonio fisci vel Caesaris zu teilen, wobei die dort angeführten Gärten des Sallust, der fundus Albanus, Marsfeld und Forum als Ausnahmen auszuscheiden sind. Diese seien nicht zu vermachen, im Gegensatz zu den praedia Caesaris, bei denen allerdings nicht das sonst übliche Interesse zu zahlen wäre.

Von diesen drei Klassen nach Ulpian können die res publicae i. p. u. nicht wie die res in patrimonio populi und die res in patrimonio fisci vel Caesaris in freiem Verkehr stehen (L. 72 § 1. D. 18. 1.); vgl. L. 6. D. 18. 1.: aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur.

An den öffentlichen Sachen, wie Werkstätten, Läden, Wechselstuben, für die ein „solarium“ [13]) (Bodenzins) geschuldet wird (L. 15. D. 20. 4.; L. 2. § 17 D. 43. 8.), kann bei Veräußerung nicht das Bodeneigentum eingeräumt werden; es besteht lediglich ein veräußerliches Nutzungsrecht an ihnen (L. 32 D. 18. 1.).

Bezüglich der öffentlichen Sachen standen dem einzelnen neben dem Schutz, den die öffentliche Verwaltung ausübte, zahlreiche Klagen auf Abhilfe zu [14]): ne quid in loco publico vel itinere fiat; hoc interdictum perpetuum et populare est (L. 2 § 34 D. 43. 8.). Gegen Störungen des Gemeingebrauchs stand dem Bürger ein Interdikt zu (L. 2 § 45 D. 43. 8); die Verschlechterungen der viae rusticae wurden durch ein Popularinterdikt abgewehrt (L. 2. pr. D. 43. 8). Daß die actio iniuriarum daneben gegeben war, mag noch erwähnt werden (L. 2. § 9 D. 43. 8; L. 13. § 7 D. 47. 10).

Eine juristische Durchgliederung ist auf Grund der Quellen schwerlich zu bewerkstelligen; sie scheitert letzten Endes an der Kasuistik der römischen Rechtswissenschaft. Wesentlich wäre noch festzustellen, daß sich die „res publicae“ zum Teil wenigstens in allen Städten befinden.

Daß eine Begriffsbildung der res publicae wie der res c. o. nicht nach juristischen Merkmalen erfolgt sein kann, leuchtet ein. Es können nur tieferliegende geistige Umwälzungen Ursache der Unschärfe gewesen sein (diese aber waren wieder von Einfluß auf die kasuistische Arbeitsweise der römischen Juristen).

In der Festgabe für Dernburg [15]) hat Pernice nachgewiesen, daß die res c. o. in engem Zusammenhang mit der Lehre vom Menschheitsstaat des Stoizismus stehe [16]), einer Lehre, die den Gedanken vom „goldenen Zeitalter“ vorbereitet

---

13) Vgl. Biermann, Die öff. Sachen, 1905, S. 12; Schäfer, a. a. O. S. 42.

14) Vgl. Davidson, Der Rechtsschutz des Gemeingebrauchs a. d. öff. Sachen. Diss. Göttingen 1889; Endemann, a. a. O. S. 100; Thiele, Das Wesen des Gemeingebrauchs an den res privatae . . . Diss. Erlangen 1898, S. 8.

15) Pernice, Die sog. res c. o. S. 131 ff. Einzelausgabe Berlin 1900, S. 7 ff.

16) Vgl. auch Lewy, a. a. O. S. 21 ff.

und damit dem unversiegbaren menschlichen Wunschleben gerecht wird. Daß aber jenes Wunschleben als Korrelat der Logik das Recht heute noch fortbildet, gesteht Dernburg[17]) aus sich selbst heraus zu.

Wie weit entfernt vom stoischen Gleichheitsgedanken ist doch eigentlich die auf militärischer Disziplin aufgebaute Stadtstaatsverfassung des alten Roms, die selbstherrliche Stellung des pater familias[18]), das Ständewesen Patrizier-Plebejer und endlich die Zivität! All das bedeutet doch einen scharfen Gegensatz zum stoischen Weltbürgertum.

Mir will scheinen, als habe die fortschreitende Eroberungstätigkeit und die Entwicklung zum Weltstaat auch jenen stoischen Ideen Eingang verschafft; dieser Vorgang hatte, vielleicht bedingt durch den inneren sittlichen Zerfall, die Verleihung der Zivität an immer weitere Kreise zum Gefolge (man denke an den römischen Bürger Paulus von Tarsos, der das Christentum verkündet). In die Vorstellungen über die Souveränität der res Romana drängen sich mit der Zeit orientalisch-göttliche Herrschergedanken; und so stehen als Ursachen einander überschneidende Weltanschauungen im Hintergrunde den Gedanken des zerfallenden Roms Ciceros gegenüber, Bruchstücke aus dem Gedankengut des Stoizismus, orientalische Göttlichkeit und vielleicht später aufkeimendes, äußerlich gesehenes Christentum, in ungeheurem Wandel bis zu Diokletian und Justinian hinauf[19]). So erleiden auch die Begriffe „res c. o." und „res p." durch Aufnahme artfremder Elemente Einbuße.

Durch Übernahme von philosophischen Anschauungen vollzieht sich die Annäherung der res p. i. p. u an die res c. o., als deren Grundlagen die Allgemeinheit bzw. der Gemeingebrauch angesehen wurden[20]).

Einer Anwendbarkeit der Begriffe aus dem Quellenmaterial ist hiernach mit großer Vorsicht zu begegnen; die heutigen Begriffe sind doch von ganz anderen Vorstellungen erfüllt. —

So ist eigentlich im Gegensatz zu bekannten Vertretern der romanistischen Richtung[21]) das Bestehen von Privateigentum an heutigen öffentlichen Wegen aus den römischen Quellen nicht abzuleiten.

---

17) Dernburg, Die Phantasie im Rechte. 2. Aufl. 1894. S. 9—11.

18) Vgl. Thiele, a. a. O. S. 8.

19) Das Eigentum an Grund und Boden der Provinz, also auch der öffentlichen Wege in Stadt und Land, stand ursprünglich dem römischen Volk zu. Die Verleihung der Zivität dürfte auch hier Ursache der Entstehung von Wegeeigentum der Gemeinden wie Privater in der Provinz gewesen sein. Vgl. auch Wappäus, a. a. O. S. 30 unter b).

20) Vgl. S. 6, 7 d. A.; auch Lewy, a. a. O. S. 23.

21) Vgl. Wappäus, a. a. O. S. 29/30, 77 ff. Darauf fußend Hirsekorn, Über die öffentl. Sachen im Gemeingebrauch. Diss. Berlin 1879. S. 9 ff.

Die Digesten sagen dazu: viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est (L. 2. § 21 D. 43. 8.), im Gegensatz zu dem nachfolgenden: viae privatae solum alienum est, ist also die Bezeichnung „publicus" den öffentlichen Wegen charakteristisch. Es mutet wie eine Wiederholung an, wenn fortgefahren wird: viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales (L. 2. § 22 D. 43. 8.). Nicht genug damit, unter den Vizinalwegen erscheinen wieder welche „publicae" (has quoque publicas esse quidam dicunt — L. 2. § 22 ebendort —) wie auch unter den „privatae viae" (quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes. putem etiam ipsas publicas esse — L. 2. § 23 D. 43. 8. —).

Bezüglich der Flüsse besteht auch Unsicherheit. Man unterscheidet nach Cassius zwischen den flumina publica, den ständig fließenden [22]) (L. 1. § 3 D. 43. 12) und nach L. 2. D. 43. 12 den flumina, quorum aqua in usu publico est; — als publicus wird ebenfalls das Flußbett eines öffentlichen Flusses angesprochen. (L. 1. §§ 6—10 D. 43. 12).

Der Sprachgebrauch von publicus ist also durchaus unsicher [23]). In L. 9 D. 41. 3. wird publicus sogar in Beziehung auf Gemeindesachen gebraucht, und was soll die Betonung bei Ulpian (L. 2 § 21. D. 43. 8), daß der Boden öffentlicher Wege öffentlich sei?

Außer dem Argument über die Entrichtung eines Bodenzinses (solarium) für öffentliche Bauten [24]) wird dem Argument des „in loco publico" gefundenen Schatzes (§ 39 Inst. 2. 1.) m. E. zu viel Bedeutung zugemessen. Es mag dies wohl im Gefolge der Dernburgschen Beweisführung im Baseler Schanzenstreit und im Anschluß an Wappäus (a. a. O. S. 91) und Hirsekorn (a. a. O. S. 23) geschehen. —

Man mag wohl mit Lewy [25]) hierin ruhig eine Analogie aus fiskalischer Begehrlichkeit sehen. Gegen eine Verallgemeinerung des in § 39 Inst. 2. 1. ausgesprochenen Gedankens, daß die Hälfte eines in loco publico gefundenen Schatzes dem Staat zustehe, mag angeführt werden, daß der römische Staat nach einer ganz anderen Rechtsordnung als der Privatmann lebte [26]). Es fehlt überdies auch der gemeinschaftliche juristische Oberbegriff „Person" für beide [27]).

---

22) Vgl. Schwalbe, Grundfragen des Wasserrechts. Diss. Marburg 1929, S. 13.

23) Vgl. Biermann, a. a. O. S. 4; Wappäus, a. a. O. S. 22.

24) Vgl. Biermann, a. a. O. S. 12.

25) Vgl. Lewy, a. a. O. S. 24.

26) Vgl. Walz, Vom Wesen des öffentlichen Rechts, 1928, S. 13.

27) Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht, III. Bd. 1881, S. 54.

Ein Staatseigentum, als Privateigentum [28]) aufgefaßt, ist daher aus den römischen Quellen an öffentlichen Sachen nicht zu folgern [29]). Die Einwirkung stoischer Gedanken nähert die res p. i. p. u. den res c. o. und läßt ihre gedankliche Gleichsetzung möglich erscheinen. Herrschend aber wird die Vorstellung von der Berechtigung der Allgemeinheit [30]).

2. Abschnitt: Das deutsche Recht.

Als Ausgangspunkt pflegt, gewöhnlich im Anschluß an Gierkes wie Mayers Forschungen, die Allmende angesehen zu werden [31]). Der unverteilte Boden stand ursprünglich im Gesamteigentum der Gemeinde [32]). In diesem Eigentum aber verflocht sich das Einzelrecht mit dem Gesamtrecht. Der zu öffentlichen Wegen benötigte Boden ist Allmende; und nicht nur dies, selbst Tore und Mauerwerk der Städte gehörten dazu [33]).

In das Gesamteigentum der Gemeinde sind nicht die heutigen Begriffe hineinzutragen, die Eingesessenen stellen nicht die Personenmehrheit der heutigen Gemeinde dar; aus der Verwobenheit aller Beziehungen konnte sich nichts anderes als die genossenschaftliche Beziehung herauskristallisieren, die die Vereinigung der mannigfachen Individual- und einheitlichen Gemeinheitszwecke (Gierke) [34]) noch ungelöst darstellt [35]). Das Eigentum stand also in scharfem Gegensatze zum Sondereigentum; schwerlich wird in dem einzelnen das Bewußtsein entstanden sein, auf Grund welchen Rechtes er an den Nutzungen der Allmende teilhatte. Die Durchdringung der Umwelt mit gefühlsmäßiger Einstellung stand einer Abstraktion in Rechtsbegriffe noch entgegen [36]).

Die Entwicklung über den Rahmen der Markgenossenschaft wird nun so gesehen [37]), daß sich die Gemeinden vergrö-

---

28) So Wappäus, a. a. O. S. 21.

29) So Gierke, GenR. III, S. 54 und Anm. 65 das.; auch Lewy, a. a. O. S. 25; Biermann, a. a. O. S. 12; Schwalbe, a. a. O. S. 33, Anm. 81; a. A. Kollath, Die Geltung d. röm. rechtl. Grundsätze über die res extra commercium . . . Diss. Breslau 1894, S. 23. Vgl. S. 79 d. A.

30) Vgl. Endemann, a. a. O. S. 100.

31) So Lehning, Das Wesen des Rechtes auf Gemeingebrauch öff. S. Diss. Erlangen 1898, S. 23 ff.; Schäfer, a. a. O. S. 37 ff.

32) Gierke, GenR. II, S. 667.

33) Gierke, a. a. O. S. 667, 670, 677.

34) Gierke, a. a. O. S. 229.

35) Vgl. den Abschnitt über das Eigentum S. 25—27 d. A.

36) Vgl. das deutsche Eigentum S. 25—27; die außergesetzlichen Grundlagen des Privateigentums, S. 29 ff. (31).

37) Vgl. Lehning, a. a. O. S. 24.

ßern, daß größere staatliche Straßen entstehen, ebenso andere „staatliche Anlagen“ [38]) und daß damit der genossenschaftliche Gedanke zurücktritt, und die Benutzung der öffentlichen Sachen durch den einzelnen lediglich einen Beweis der Zugehörigkeit zur Gesamtheit darstellt. —

Diese Auffassung mag eine gewisse Berechtigung haben. Die Bildung der öffentlichen Sache wird aus dem Kleinen ins Große entwickelt, erscheint aber damit einseitig; der Umfang der Markgenossenschaft war doch zu gering, um z. B. die Bildung großer Heerstraßen anzuregen. Deren Ursprung ist in einem Anstoß aus fremdem Volkstum zu suchen. Ein Rückgriff auf die großen Römerstraßen scheint hier die Lösung zu geben [39]).

Das Straßennetz der Römer — man denke an die Straße von Aliso nach Xanten oder den Limes von Niederlahnstein bis Regensburg — und dessen Verbindungen nach Gallien hinein waren die Grundlage der „Königlichen Straßen“.

Mit Roms Verfall ist den fränkischen Heerkönigen die militärische und auch wirtschaftliche Wichtigkeit dieser gewaltigen Anlagen nicht entgangen. Mit der Übernahme der römischen Kultur [40]) im Frankenlande werden auch diese Straßen in die auf militärischer Befehlsgewalt aufgebauten Reiche der Frankenkönige einbezogen.

Demgemäß sagt auch die etwa 475 p. C. n. entstandene lex Visigothorum VIII, 4, 25 antiqua:

> Viam, per quam ad civitatem sive ad provincias nostras ire consuevimus, nullus precepti nostri temerator exsistat, ut eam excludat [41]).

Der Königsgebrauch, nicht der Gemeingebrauch ist also maßgebend an den Straßen; hieraus erweist sich die Richtigkeit des oben behaupteten Verschmelzungsprozesses.

Die lex Baiuvarorum 10. 19. (744—748) übernimmt die Straßenregelung aus den leges Eurici. Die lex Burgundionum hatte sich die römische Unterscheidung: viae publicae — viae vicinales bereits zu eigen gemacht [42]).

Das Ergebnis der Verschmelzung von fränkischem Stammestum und römischer Kultur läuft darauf hinaus, daß allein der Königsgebrauch und nicht der Gemeingebrauch als maßgeblich für die großen öffentlichen Sachen angesehen wird.

Welcher psychologische Vorgang führt von hier aus zur Regalienlehre? Der Gebrauch wird in schwerfällig arbeitender Abstrahierung auf Grund überkommener Dauer einem Recht

---

38) So Lehning, a. a. O. ebenda.

39) Vgl. Lewy, a. a. O. S. 26.

40) Vgl. bezgl. der Verwaltung und des Siedlungswesens Heusler, Deutsche Verfassungsgeschichte 1905, S. 35 ff., 59, 102.

41) Vgl. Monumenta Germaniae historica, Hannoverae et Lipsiae 1902, Legum Sectio I. Tom. I. S. 342.

42) Vgl. Monum. Germ. Leg. Hannoverae 1892, Sectio I. Tom. II. Pars I. S. 64 unter 3).

gleichgesetzt, dessen Inhalt lediglich Nutzen ist. Klar zu Tage getreten ist die Vorstellung von einem Recht, wie im heutigen Sinne, aber auch nicht.

Es ist m. E. also nicht richtig, wenn man mit Hübner [43]) bezüglich der Ströme und Straßen schlechthin vom Eigentum des Königs daran spricht. — Die viel zitierte Stelle des Sachsenspiegels II 66 § 1 spricht vom Fluß als des „Koninges" Straße; daß dies nun nicht Eigentum sein kann, mag eigentlich ein Vergleich mit den Stellen II 61 § 1, II 56 § 3 und dem unten zitierten Reichsgesetz Adolfs von Nassau von 1294 ergeben; aus der Freiheit der Fischerei und des Alluvionsrechtes ist doch eher zu schließen, daß Flüsse nach germanisch-deutschem Recht in niemandes Eigentum gestanden haben. Gesteht man indessen dieser Form des Gebrauchens der öffentlichen Sachen den Namen „Eigentum" zu, so ist es gewiß nicht das Eigentum der heutigen Auffassung [44]).

Aus dem gesetzlichen Niederschlag läßt sich unter Umgehung der Zeitfolge der Weg zur Regalienlehre nachweisen. Bemerkenswert ist das Reichsgesetz Adolfs von Nassau von 1294, das in § 1 sagt:

„Quod si insula nata est in Rheno vel alio flumine in comitatu alicuius comitis, qui in ipso flumine recipit telonia et conductus habetque comitatum eundem, telonia et conductum ab imperio in flumine praedicto, eadem insula potius spectat ad imperium et ad ipsum comitem, quam ad alium dominium, cuius districtum protenditur ad ripam fluminis praelibati."

Dem Zoll- und Soldberechtigten wird demnach eine in seinem Gebiete entstehende Insel im Flusse zugesprochen; nicht das Eigentum am Ufer ist ausschlaggebend, sondern das ius teloniorum [45]).

Im Sachsenspiegel II 61 § 2 wird das ausschließliche Jagdrecht dreier sächsischer Städte hervorgehoben, dessen Inhalt wohl durch die Formulierung des Art. 236 des Schwabenspiegels am besten gegeben ist: Doch hant die herren ban foerste. — Dies ist ein Beispiel von auf unvordenklichem Besitzstande beruhenden nutzbaren Sonderrechten, die zur Entstehung der Regalien geführt haben.

Die Regalienlehre regelt auf privatrechtlichem Wege, was früher ein öffentliches Recht (im heutigen Sinne) des Königs

---

43) Vgl. Hübner, Grundzüge d. Deutsch. Priv. R's. 5. Aufl. 1930, S. 241, 297 ff.

44) Vgl. Anm. 36 S. 11 d. A.; „Aigan" ist eine innere Beziehung zur Sache, so Grimm, S. 25—27 d. A.; vgl. Ulpian L 2 § 22 D 43, 8: publicas vias dicimus quas Graeci βασιλικάς, it est regias. — Demnach wäre „königlich" in der Vorstellung des deutschen Rechtes so ungefähr das, was die Römer mit „publicus" bezeichneten; nur wird im deutschen Recht der Staat im König gegenständlich gemacht.

45) Vgl. auch die über 100 Jahre jüngere Sententia contra Telonea Fluminis Moeni lata von 1157, in der der König den fürstlichen Übergriffen noch auf Grund seines Königsrechtes am Strom entgegentritt.

an Straßen und Flüssen gewesen war. Der aus fränkischer Zeit herrührende Königsgebrauch an öffentlichen Sachen wird, vielleicht infolge der Geldwirtschaft, mit der Verleihung zum Nutzen selbst als reiner Nutzen angesehen; und so findet man als schlagendes Beispiel in der für das lombardische Reich gegebenen Constitution Friedrichs I. von 1158 (II. feud. c. 56) die völlige Gleichsetzung der fiskalischen (bona vacantia) mit den öffentlichen Sachen wie schiffbaren Flüssen, öffentlichen Straßen und Häfen [46]). In der Verleihung von nutzbaren Sonderrechten nur das Verblassen der kaiserlichen Gewalt zu sehen, ist einseitig; wohl war dies der Nutzen des Beliehenen, aber wer hätte außer ihm den örtlichen Bedürfnissen, dem öffentlichen Interesse, gerecht werden können, wo der Kaiser keine Beamten dafür zur Seite hatte? —

Die Übernahme des römischen Rechtes stellte nun die Glossatoren vor die Aufgabe, jene nutzbaren Sonderrechte mit den römischen Begriffen und Vorstellungen zu vereinigen.

Dem Kaiser wird als Nachfolger der römischen Imperatoren [47]) Privateigentum am ganzen Erdboden, dessen Ausfluß die Regalien sind, zugeschrieben. Ersichtlich mußten mit jener Welteigentumstheorie neue Regalien entstehen, deren Weiterverleihung dem Kaiser die Hilfe der Fürsten sicherte. So spiegelt sich in der durch W. Grimm [48]) bekannt gewordenen Klage Freidanks in bezug auf die Vergabungen an die Fürsten die damalige Auffassung wider.

Die Glossatoren brachten infolge der Notwendigkeit, Neues zu begreifen, wenig Eigenes und keine Ausgleichung der Begriffe [49]). In der Behandlung der größeren öffentlichen Sachen ist kein genossenschaftlicher Gedanke auffindbar. Es mag dies Ergebnis ein wenig für den anstatt der Allmende gewählten Ausgangspunkt, nämlich das römische Straßennetz, sprechen.

Die Territorialstaaten brachten keine Klärung der Begriffe. Die Landesherren erstrebten die Verschmelzung der Summe der Regalien zur einheitlich hoheitlichen Macht und richteten sich demgemäß unter Berufung auf das dominium eminens und unter

---

46) Vgl. Wappäus, a. a. O. S. 74; Hirsekorn, a. a. O. S. 53, 59.

47) Vgl. gl. ad. L 9 D de lege Rhodia 14. 2.: habemus hic textum, quod imperator dominus est totius mundi.

48) Freidanks Bescheidenheit, herausg. von W. Grimm, Göttingen 1834, S. 76.

„Die fürsten twingent mit gewalt
velt steine wazzer unde walt
dar zuo wilt' unde zam:
dem lufte taetens gerne alsam;
der muoz uns doch gemeine sîn.
möhtens uns der sunnen schîn
verbieten, wint ouch unde regen,
man muest in zins mit golde wegen."

49) Vgl. Gierke, GenR. III. 1881, S. 202.

dem Grundsatz: salus populi suprema lex, gegen die Städte, die in ihrer wirtschaftlichen und politischen Festigkeit ein Vorbild der Einheit waren; und insoweit, als der Kampf um diese Herrschaft öffentlichrechtlicher Art unentschieden geblieben ist, müßte sich ein Nachweis älterer genossenschaftlicher Gedanken im Städterecht eigentlich erbringen lassen.

Indessen hatte sich am ehesten in den Städten eine Loslösung von genossenschaftlichen Gedanken vorbereitet; durch die Trennung von Eigentum und Gebietshoheit war ein polizeiliches Hoheitsrecht öffentlichrechtlicher Art zur Entstehung gelangt[50]). Die Landesherren setzten ihren Kampf gegen die egoistische, handelsprivilegierte Städteherrschaft durch und fanden den Schlüssel zu ihrem Erfolg eigentlich in einer neuen Lehre, der Lehre von der größeren Gemeinschaft aller Menschen, im Naturrecht. Diese Gedanken von der Gemeinsamkeit aller Menschen, die sich nicht aus genossenschaftlichen Überresten des Stadtrechts herleiten lassen, sondern an die älteren Überlieferungen anknüpfen, sind nach Gierke[51]) weit ins Mittelalter hinein zurück verfolgbar, kommen aber erst im Naturrecht zur vollen Blüte; hier gehen sie eine Vereinigung mit den stoisch-römischen Gedanken ein (vgl. Grotius, dessen Schrift Zitate von Virgil, Ovid, Seneca und Cicero aufweist).

In philosophischer Begründung der Bewegung stehen hier in einer Linie die Worte Hugo Grotius' in seiner Schrift Mare liberum von 1618 mit denen John Lockes aus den Two treatises of government von 1689.

Ebenso, wie Gott die Menschen in vielen Beziehungen gleich schuf (origo, membrorum compago, vultus, sermo, alia communicandi instrumenta Vorrede z. mare liberum) — sagt Grotius —, sich die Menschen aber in Einzelheiten doch wieder unterscheiden, gibt es Sachen, quas in usum hominis produxisset natura, während sie andere cuiusque industria ac labore proprias fieri voluit. . . De utrisque autem datas leges, ut communibus quidem sine detrimento omnium omnes uterentur, de caeteris autem quod cuique contigisset, eo contentus abstineret alieno. — . . . Quae a prima communione divulsa erant duo facta sunt genera. — Alia enim sunt publica hoc est populi propria, alia mere privata, hoc est singulorum (vgl. Ulpian). Occupatio autem publica eodem modo fit, quo privata.

---

50) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1905, II. S. 357 und Anm. 31 daselbst; GenR. II. S. 734, 748; Hübner, a. a. O. S. 245; Schäfer, a. a. O. S. 37; Walz, Vom Wesen des öffentl. Rechts. Akad. Antrittsvorlesung 1927 in Heft 15 d. Tübinger Abhandl. z. öff. Recht. 1928, S. 18.

51) Gierke, GenR. III. S. 569.

Grotius[52]) zieht dann die Folgerung:

1. eas res quae occupari non possunt aut occupatae nunquam sunt, nullius proprias esse posse.
2. eas res communes, quae ita a natura comparatae sunt, ut aliquo utente nihilominus aliis quibusvis ad usum promiscue sufficiant, eius hodie conditionis esse, et perpetuo esse debere cuius fuerant cum primum a natura proditae sunt.

Eine wörtliche Wiederholung findet man bei Locke[53]: „. . . or relevation, which gives us an account of those grants God made of the world to Adam, and to Noah, and his sons, it is very clear that God . . . has given the earth to the children of men; given it to mankind in common. He gave it to the use of the industrious and rational, and labour was to be his title to it."

Diese Ideen von der gemeinschaftlichen Berechtigung der Menschen kehren in der Wissenschaft des westlichen Europas wieder. Die historische Schule in Frankreich und darauf die niederländische gelangen hierbei und in engem Anschluß an die römischen Quellen wie die Glossatoren zu keinem übereinstimmenden Ergebnis.

Die res. c. o. werden als Gemeingut aller angesehen; es gibt an ihnen keine ausschließliche rechtliche Beherrschung. Das Meer wie das Meeresufer stehen zwar nicht im Eigentum, wohl aber unter der Hoheit des Staates[54]).

An den res p. besteht nach einer Auffassung ausnahmslos Eigentum des Staates resp. der Gemeinden[55]); nach der anderen Ansicht besteht daran nie Eigentum, auch das einer Gemeinde ist nicht möglich (Donellus)[56]). Dem Staat steht lediglich ein summum ius zu, das nicht näher ausgeführt wird. Ganz besonders stellt Donellus noch die Unzulässigkeit privatrechtlichen Eigentums an Flüssen fest (et flumina quidem, ut sunt publica, ita proprietate nullius sunt in bonis[57]).

---

52) Grotius, Mare liberum . . . 1618, Kap. 5.

53) Locke, Two treatises of government 1689, 7. Aufl. 1772. Buch II. Kap. 5 § 25, § 34.

54) Vgl. Noodt, opera omnia, Lugd. Bat. 1713, pag. 18; Cuiac, opera omnia. Neap. 1758, Tom. I. p. 59 (litora); Voet, Comment. ad Pandectas, Coloniae 1759 p. 49.

55) Vgl. Cuiac, a. a. O. p. 59; Voet, a. a. O. 1. c. p. 50; Noodt, a. a. O. 1. c. p. 24 rechnet die Flüsse als res nullius zu den res c. o. Er vollendet damit den Annäherungsprozeß der res p. an die res c. o. des römischen Rechts; vgl. S. 7, 11 d. A.

56) Vgl. Donellus, opera omnia, 1762, p. 663, 671. — sunt enim et hae ut superiores (publicae) nullius in bonis.

57) Donellus, a. a. O. p. 663.

Das Naturrecht erbringt weiterhin, was im römischen Recht fehlte, eine Erklärung dafür, weswegen bei grundsätzlicher Gleichstellung aller Menschen die Herrschaft einiger besteht, nämlich durch den Sozialvertrag. Hiermit war zugleich eine elastische Formel [58]) gefunden, um einerseits die von historischer Gewöhnung begünstigten Gedanken patrimonialer Schrankenlosigkeit [59]) zu behalten und auszudehnen, andererseits aber die durch den Sozialvertrag den Fürsten auferlegten Pflichten persönlicher Fürsorge in die Wirklichkeit zu übersetzen. Zwei Staatsauffassungen stehen sich gegenüber. Jeder der genannten Staatsauffassungen aber entspricht eine Konstruktion der öffentlichen Sachen [60]).

Der Gegensatz der Staatsauffassungen prägt sich in zwei Lehren aus, von denen die eine alle Rechte den Fürsten zuschreibt, also die Schrankenlosigkeit vertritt, während die andere die Beschränkung hervorhebt und nur diejenigen Rechte den Fürsten überträgt, die zur Förderung der Wohlfahrt dienen [61]).

So ist auch der viel zitierte Schriftsteller Leyser [62]) hieraus zu verstehen. Als Anhänger der ersten Lehre, der Schrankenlosigkeit, meint er: . . . Primum in Monarchiis principium est, populum majestatem seu summum imperium et cum eo omne ius, quod ante habuit, in principem transtulisse [63]). . . . Und weiter, daß publicae res solche Sachen seien, quarum proprietas liberaque de iis dispositio ad Principem pertinet, usus vero ad eos omnes, quibus Princeps illum sive expresse sive tacite concessit [64]). — Eine Nutzung der öffentlichen Sachen kommt für den Bürger also nur im Rahmen besonderer oder stillschweigender Genehmigung in Frage. — Eine Unterscheidung zwischen den res c. o. und den res p. wird nicht mehr gemacht [65]).

Ganz anders die zweite Schule; ihre Lehre gipfelt darin, daß Eigentümer der öffentlichen Sachen, wenn überhaupt noch einer vorhanden ist, die Volksgesamtheit sei; der Landesherr

---

58) So Lewy, a. a. O. S. 34.

59) Vgl. Walz, a. a. O. S. 19; Gierke, GenR. III. S. 695.

60) Vgl. Walz, a. a. O. S. 20; vgl. den Wandel der rechtlichen Einordnung der öffentlichen Sachen im römischen Recht, der von der römischen Staatsauffassung abhängig war, S. 6, 9, 11 d. A.

61) Vgl. Hübner, a. a. O. S. 246.

62) Leyser, Meditationes ad Pandectas, Halae 1772. Zit. bei Hirsekon, a. a. O. S. 52 ff., ausführlich bei Wappäus, a. a. O. S. 74/75; Kollath, a. a. O. S. 50; Lewy, a. a. O. S. 37 ff.

63) Vgl. Leyser, a. a. O. I, Sect. 25.

64) Vgl. Leyser ebenda, p. 203.

65) Vgl. Leyser, l. c. p. 202: res omnes, quae . . ad communes referuntur, hodie publicae sui regalia sunt, — was eine Fortsetzung der in bezug genommenen Constitution Friedrichs I. von 1158 bedeutet; vgl. auch Hirsekorn, a. a. O. S. 53.

habe nur ein öffentliches Herrschaftsrecht, eine öffentliche Verwalterstelle [66]).

Beide Lehren bleiben in ihren Grundzügen in der Staatsrechtslehre des 18. Jahrhunderts bestehen; nach der ersten wird der schrankenlose Eigentumsbegriff in den Vordergrund gestellt und daher die Verfügungsgewalt des Fürsten in Fortsetzung der Regalität privatrechtlich erklärt [67]). Nach der zweiten steht dem Fürsten die Verfügungsgewalt nur als Ausfluß des ius supremae politiae zu, — eine Erklärung der Verfügungsgewalt auf öffentlichrechtlichem Wege. Zugrunde liegt hier noch das Empfinden von einer Verfügungsgewalt der Allgemeinheit, bezw. des Volkes, das auf Resten römischer und naturrechtlicher Vorstellungen aufgebaut ist [68]).

Erwähnt sei noch das Allgemeine Landrecht, bei dessen Kodifizierung der vorgezeichnete Gegensatz zu überwinden war. Indessen ist eine Ausgleichung nicht erfolgt.

Der berühmte § 25 II 14 ALR. spricht vom gemeinen Eigentum des Staates, eine Fassung, die Koch [69]) unverständlich nennt. Sie ist es aber nicht bei geschichtlicher Betrachtung.

Suarez legte als Schüler des Wolffeaners Darjès [70]) die Gedanken des Gesellschaftsvertrags seinem Werk zugrunde; Gedanken, die die zweite der oben gezeichneten Lehren herausbildeten.

Daneben aber tritt die erste Lehre von der Schrankenlosigkeit fürstlichen Eigentums. — Daß diese von stärkerer Wirkung war und dem Eigentum des § 25 II 14 ALR. sein Gepräge gab, dieser also einen Kompromiß [71]) zwischen den beiden Lehren darstellt, hat Lewy [72]) m. E. überzeugend aus den Vorarbeiten und Entwürfen zum ALR. nachgewiesen [73]).

Begünstigt wurde diese Lösung durch die unklaren gärenden Vorstellungen vom Staat und ebenso die mangelnde Bestimmtheit des Eigentumsbegriffs. In Anlehnung an die Lehre

---

66) So Schilter, Prax. jur. Rom. in foro Germanico, 1675, p. 110, 111: quae occupatio permansit universitati seu summae potestati rei publicae, qui fons est iurium majestatis et regalium ab omni inniquitate purus atque limpidus. Vgl. auch Boehmer, De jure principis circa loca et opera publica, Diss. Göttingen 1727, § I u. p. 81; vgl. Cocceji, Grotius illustratus seu . . . herausg. von S. d. C. H. F. Breslau, 1744, 46, 47, 1. Buch. Kap. I. § VIII.

67) Vgl. Walz, a. a. O. S. 20.

68) So auch Lewy, a. a. O. S. 40.

69) Vgl. Koch, Komm. z. ALR. 5. Ausg. 1876, IV. Bd. S. 100 Anm. 16.

70) Vgl. G. Jellinek, Allgem. Staatslehre, 3. Aufl. 1920 S. 467 Anm. 1.

71) Vgl. Anschütz über § 25 II 14 (§ 21 II 14) ALR. S. 44, 45 d. A.

72) Vgl. Lewy, a. a. O. S. 41—47.

73) Vgl. zu § 25 II 14 ALR.: Joh. Jak. Moser, Von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers, 1773, S. 202: „Der großen Flüsse und Ströme Eigentum steht dem Staat oder gemeinen Wesen „oder vielmehr", namens derselben dem Landesregenten zu".

Leysers wird die Verfügungsgewalt des Staates über Wege privatrechtlich erklärt; es soll wohl nicht mehr als die Verfügungsmöglichkeit zum Ausdruck gebracht werden [74]).

Eine Weiterbildung der Lehre der res p. i. p. u., wobei die alten Anschauungen nicht abrissen, erfolgte aus Anlaß des Baseler Festungsstreites durch die romanistische Wissenschaft [75]). In dem Streite stehen sich Keller-Jhering und Rüttimann-Dernburg in ihren Ansichten gegenüber. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Im Anschluß an v. Keller und Jhering hat sich das Schiedsgericht geäußert, daß die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen völlig ins öffentliche Recht einzugliedern seien [76]). Im Schiedsspruch teilt Keller die dem Staat zur Verfügung stehenden Sachen in solche, die in gewöhnlichem Privateigentum stehen (vgl. Finanzvermögen) und solche, die in jeder Beziehung dem bürgerlichrechtlichen Verkehr entzogen sind; an diesen steht dem Staat ein Hoheitsrecht zu, das umfassender als das gewöhnliche Privateigentum sei [77]). Bei Umwandlung in eine Verkehrssache wandelt sich das Hoheitsrecht in Eigentum um [78]); nach Keller stellt das statt des Privateigentums herrschende Hoheitsrecht einen Bestandteil der Polizeigewalt, anderer Natur als die sonst ausgeübte Polizeigewalt, dar [79]). Wie sich der Wechsel zwischen beiden vollzieht, bleibt ungeklärt. Man mag einen Überrest sachenrechtlich-patrimonialer Anschauung darin erkennen, daß Keller in Erwiderung auf das Gutachten Rüttimanns für den Fall der Aufhebung der Festungswerke Basel-Land eine Obligation auf einen Teil des Wertersatzes zuerkennt [80]). Dieses Zugeständnis paßt nicht ganz zu einem reinen Hoheitsrecht.

Wesentlich ebenso wie Keller entschied sich Jhering [81]). Der juristische Charakter der öffentlichen Sachen setze sich zusammen aus der Eigenschaft, „extracommercial" zu sein, wie aus dem Dienen dem Publikum, einer unbestimmten Vielheit, gegenüber. Folgerichtig die Eigenschaft „extra com-

---

74) Vgl. Lewy, a. a. O. S. 46.

75) Vgl. die Gutachten: 1. v. Keller vom 3. 8. 1859, veröff. 1861. 2. Rüttimann vom 22. 8. 1859, veröff. 1859. 3. Erwiderung Kellers vom 10. 1. 1860, veröff. 1860. 4. Erwiderung Rüttimanns vom 21. 2. 1860, veröff. 1860. 5. Jhering vom 15. 1. 1862. 6. Dernburg vom 3. 8. 1862, veröff. 1862. 7. Ewiderung Jherings von 1862.

76) A. A. das Schweizer Bundesgericht, das sich für privatrechtliches Eigentum entschied. Vgl. Fleiner, Inst. d. D. Verw. R. 8. Aufl. 1928, S. 356, Anm. 13.

77) Vgl. Keller, Rechtsgutachten 1861, S. 8.

78) Vgl. Keller, Erwiderung auf Rüttimanns Gutachten von 1860, S. 10.

79) Vgl. Keller, a. a. O., Rechtsgutachten 1861, S. 8, Erwiderung 1860, S. 7.

80) Vgl. Keller, Erwiderung auf das Gutachten Rüttimanns 1860, S. 18. Vgl. auch S. 34 daselbst; hier macht Keller es Basel-Stadt zur Pflicht, den Eintritt der oben genannten Bedingung nicht zu verhindern. Eine eingehende treffende Widerlegung des Kellerschen Hoheitsrechts bei Wappäus a. a. O. S. 95 bis 97 (96!).

81) Vgl. Jhering, Vermischte Schriften 1879, III, S. 103—154.

mercium" des römischen Rechtes durchdenkend, leugnet Jhering das privatrechtliche Eigentum deshalb, weil dem staatlichen Eigentum neben der Verfügungsgewalt das ausschließliche Nutzungsrecht fehle. Der Nießbrauch sei hier für immer vom Eigentum abgetrennt [82]). Es ergebe sich also ein Eigentum, das sich selber negire!

Wesentlich wäre noch hervorzuheben, daß es nach Jhering richtig ist, daß die res p. nach Aufhebung der Publizität fiskalisches Eigentum werden.

Keller stellte also fest, das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen sei ein öffentliches Recht, Jhering hingegen bekennt sich dazu, es sei ein dingliches öffentliches Recht [83]).

Die Gegner im Streit empfinden in Kellers Vorbehalt einer bedingten Wertobligation zugunsten des Kantons Basel-Landschaft eine Lücke, und so wird von Dernburg hier eingehakt und das Eigentum als ein latentes, als ein elastisches Recht dargestellt. Die Feststellung solcher römischen Vorstellungen [84]) scheint selbst bei Keller einer gewissen Berechtigung nicht zu entbehren; denn wie käme Keller sonst zu der Anerkennung der bedingten Obligation auf Wertersatz? Rüttimann besonders entwickelt den Gedanken vom schlummernden Eigentum; der Staat soll auch vermöge seines Eigentums imstande sein, öffentliche Sachen dem öffentlichen Verkehr zu entziehen, da er sie auch vermöge seines Eigentums dem Gemeingebrauch übergibt [85]). Indessen führen die Zweiteilungsgedanken von schlummerndem Eigentum und Hoheitsrecht zur Fiskuslehre.

Von all diesen Ansichten steht die Lehre Jherings nachweisbar in Zusammenhang mit früheren Anschauungen: Die Extracommercialität der öffentlichen Sache besteht nach Jhering, weil der Staat die öffentlichen Sachen wegen ihres Dienstes am Publikum [86]) schützt. Der Staat ist nicht Vertreter

---

82) Vgl. Jhering, a. a. O. S. 148, 149.
83) Vgl. Jhering, a. a. O. S. 152.
84) Vgl. Endemann, a. a. O. S. 111.
85) Vgl. Rüttimann, Gutachten 1859, S. 16/17, 20!.
86) Jhering nimmt als Subjekt des Rechtes a. Gemeingebrauch die Vielheit, das Publikum, an. Dies ist unhaltbar. In seinem Werk, Zweck Bd. I S. 467, prägt er für das Recht den Begriff Gesamtrecht, dessen Rechtsträger das Publikum ist. Rechtsträger kann eine Mehrheit aber nur in Gestalt von Gesellschaft oder Korporation sein; eine solche rechtl. Organisation fehlt dem Publikum. Dies veranlaßt Jhering zu der Folgerung, es gäbe außer den rechtl. auch tatsächl. Subjekte (Zweck, Bd. II S. 192). Tatsächl. Subjekte aber müßten doch rechtlich anerkannt sein! Wieso könnten sie sonst Rechtsträger sein? Jhering nimmt in Wahrheit ein subjektloses Recht an; eine Konstruktion, die er an anderer Stelle verwirft (Jahrb. Bd. 10, S. 390).

des Herrschers, sondern des Volkes oder Publikums. In diesem Dienst an der Gesamtheit liegt ein Nachklang naturrechtlicher Anschauungen, insofern, als der Gemeingebrauch, den die öffentliche Gewalt schützt, als Ausfluß der Volkssouveränität angesehen wird. Neu ist, daß hieraus der Gedanke der Zweckbestimmung als Eigenschaft der öffentlichen Sache geprägt wird, eine Denkweise, die nach Lewy[87]) an die Konsekration im kirchlichen Recht erinnert. Eigentlich wäre also hiernach das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen, das die „Kehrseite des Gemeingebrauchs" ausmacht, als eine Pflicht anzusehen; diese Folgerung aber hat Jhering nicht zum Ausdruck gebracht.

Weitergeführt wurde die Lehre durch v. Seydel[88]) und v. Eisele[89]); auch nach ihnen untersteht die öffentliche Sache völlig dem öffentlichen Recht[90]); die Abbiegung gegenüber der Kellerschen Lehre liegt darin, daß wohl ein dem Eigentum entsprechendes öffentliches Recht vorliegt, dies aber kein polizeiliches Hoheitsrecht ist[91]).

Eisele als Kritiker der Lehre Keller-Jhering holt auch die dort von ihm vermißte[92]) Charakteristik des Hoheitsrechts und des Gemeingebrauchs nach. Es liegt ein Recht vor, dessen Charakter durch den Dienst an der Allgemeinheit, einen die Sache voll erfüllenden Zweck also bestimmt wird[93]). Ausgehend von der Zweckbestimmung des gewöhnlichen Eigentums, die ohne Einfluß auf das Recht sei[94]), nennt er den Zweck der Stiftungen das Objekt des Vermögens und kommt zu der Feststellung, daß den Sachen im Gemeingebrauch die Zweckbestimmung immanent sei, folglich auch dem Eigentum daran (!); dies sei zu schließen aus der Kongruenz von Inhalt und Objekt des Rechtes beim Privateigentum[95]).

Eisele faßt demnach die Bedeutung des Gemeingebrauchs als eine der öffentlichen Sache objektiv innewohnende rechtliche Eigenschaft auf[96]). Diese Eigenschaft aber besteht offenbar nach Eisele außerhalb der Rechtsordnung; als ge-

---

87) Lewy, a. a. O. S. 55.

88) Vgl. v. Seydel, Grundz. einer allg. Staatslehre, 1873, S. 42 ff.

89) Vgl. v. Eisele, Über die Rechtsverh. der res publ. 1873.

90) Vgl. Eisele, a. a. O. S. 21.

91) Vgl. Eisele, a. a. O. S. 23/24 c/a Keller, Rechtsgut, S. 8.

92) Vgl. Eisele, a. a. O. S. 21; Wappäus, a. a. O. S. 96 unter a); vgl. Hirsekorn, a. a. O. S. 11.

93) Vgl. Eisele, a. a. O. S. 23.

94) Vgl. hierzu Friedrichs, S. 29 d. A. und Anm. 48 das.

95) Vgl. Eisele, a. a. O. S. 23, 25. „Es ist nichts an der öffentlichen Sache, was nicht zugleich Inhalt des Herrschaftsrechtes des Staats wäre; denn die Bestimmung zum Gemeingebrauch inhärirt ja sowohl der Sache als dem Recht an der Sache." Vgl. Lewy, a. a. O. S. 55.

96) Vgl. Lewy, a. a. O. S. 56.

gebene Größe ist sie nur auf Grund naturrechtlicher Anschauungen begreifbar [97]). In der Eigenschaft zur Zweckbestimmung aber kann man eine Fortsetzung der Jheringschen Lehre sehen.

Gegen Eiseles Lehre ist ja wohl besonders von Wappäus [98]) angegangen worden, aber erkannt war noch nicht ihr Zusammenhang mit der Entwicklung von der Fiskuslehre zur Lehre von der einheitlichen Staatspersönlichkeit [99]).

Mayer erkannte den Zusammenhang der herrschenden Auffassung mit der Fiskuslehre und benutzte diese Erkenntnis zum Aufbau seiner so umstrittenen Lehre vom öffentlichen Eigentum. In seinem öffentlichen Sachenrecht erweitert Mayer die Herrschaftsmöglichkeit des Staates über die Auffassungen seiner Vorgänger hinaus um die öffentliche Grunddienstbarkeit [100]) und den öffentlichrechtlichen Besitz [101]). Auf die Lehre im einzelnen muß noch später eingegangen werden [102]).

Man findet sogar eine Ergänzung der Mayerschen Lehre des öffentlichen Sachenrechts in den Versuchen von Biermann [103]) und Peters [104]), ein öffentliches Mobilarsachenrecht zu begründen; dies erscheint indessen unfruchtbar, weil, wie Schwalbe [105]) treffend sagt, Mobilien nicht in hoheitlichen Rechtsverhältnissen zu erscheinen pflegen. Bezüglich der Unsicherheit, was alles zu den öffentlichen Sachen im Sinne der Mayerschen Lehre gerechnet werden kann, mag ein Hinweis auf die umfangreichen Schrifttumsnachweise bei Gierke [106]) genügen. —

---

97) So Lewy, a. a. O.

98) Vgl. Wappäus, a. a. O. S. 85 ff.; Hirsekorn, a. a. O. S. 12.

99) Vgl. Schwalbe, Grundfragen des Wasserrechts, Diss. Marburg 1929, S. 35. — Vgl. die Grundsätze der Verfassungen von 1871 und 1919. — 1871: Alles, was gemeinsam geregelt werden muß, dem Reiche; 1919: alles, was gemeinschaftlich geregelt werden kann, dem Reiche. Die heutige Umwälzung zum totalen Staat vollendet die Entwicklung.

100) Mayer, Deutsches VerwR. 1924, II. Bd. § 40 S. 48, 49, 107.

101) Vgl. Mayer, a. a. O. S. 49.

102) Vgl. S. 41/42 d. A.

103) Vgl. Biermann, Die öffentl. Sachen, 1905, § 2.

104) Vgl. Peters, VerwArch. Bd. 24, S. 170 ff.

105) Vgl. Schwalbe, a. a. O. S. 36.

106) Vgl. Gierke, Deutsches PrivR. 1905 II S. 22, 23 und Anm. daselbst; Schwalbe, a. a. O. S. 36/37.

II. Teil.

Das Eigentum und seine rechtliche Erfassung.

1. Abschnitt. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung.

Aus der vorstehend gekennzeichneten Entwicklung läßt sich vieles von den Vorstellungen über das Eigentum und seine rechtliche Erfassung entnehmen.

Liest man bei Hübner[1]) gleich zu Beginn seiner Ausführungen über das deutsche Eigentum, daß die Form des Eigentums als „des vollsten Rechts" an einer Sache schon im alten deutschen Recht bekannt war, so werden hier römische Denkformen als Grundlage der Abhandlung von Hübner vorausgesetzt, damit aber heutige gesetzliche Begriffe in eine Zeit hineingetragen, die eine derartig scharfe Begriffsbildung als wesensfremd nicht kannte[2]).

Die Betrachtung der grundlegenden Kultureinrichtungen von Dauer, wie Ehe oder Eigentum, kann nicht aus der Zeit gelöst und mit anderen (heutigen) Begriffen geschehen; dies ist zu beachten. Denn es stehen hier religiöse und politische Dogmen der menschlichen Entwicklung im Hintergrunde[3]).

Heutzutage pflegt man das Eigentum als ein Privatrecht zu bezeichnen. Dieser systematischen Einordnung liegt die Scheidung des Rechtes in privates und öffentliches Recht zugrunde; sie ist maßgebend für eigene und fremde Bestandteile im Eigentumsbegriff geworden. —

Daher erscheint eine besondere Behandlung des Eigentums notwendig, um dies aufzuzeigen; um so mehr, als sich auf den durch die Rezeption begründeten Zwiespalt von Rechtsbegriff und Volksvorstellung auch der Streit um das öffentliche Eigentum zurückführen läßt[4]).

---

1) Vgl. Hübner, a. a. O. § 31 I S. 241.

2) Vgl. den Schluß aus dem Sachsenspiegel bezgl. des Eigentums an Flüssen, S. 13 d. A.

3) Eigentum ist eine historische, keine logische Kategorie. So Gierke, Deutsches PrivR. II, S. 348 Anm. 2; Endemann, a. a. O. S. 2; Hedemann, Sachenrecht d. Bürgerl. Gesetzbuches, 1924, S. 15 ff. — Vgl. den 5. Abschn. des II. Teiles S. 35—38 d. A., wie auch den 3. Abschn. S. 29—31 d. A.

4) Vgl. S. 57—60 (bes. S. 59, 60) d. A.

Das klare Ergebnis mag den Ausgangspunkt, den Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht, rechtfertigen.

§ 1.

Das römische Recht.

Dieser Gegensatz bedeutete im römischen Recht weniger eine Zweckmäßigkeit als eine fundamentale Gliederung. Die Entwicklung des ius privatum ist als Großtat der Römer anzusehen [5]). Für die Willensbetätigung des römischen Bürgers wurde damit eine freie Sphäre bereitet, die keine Abhängigkeit vom Staate kannte.

Für diese Entwicklung ist nach Spengler das antike Denken grundlegend geworden. Dieses weist den Einzelwesensgrundzug auf. Die Freude an begrenzter Körperlichkeit war ihm wesentlich [6]). Erklärbar ist auch hieraus, daß die römische Rechtswissenschaft letzten Endes Kasuistik geblieben ist.

Die Trennung der beiden Rechtssphären [7]) ist aus den Digesten als Begriffsbestimmung oft in der romanistischen Wissenschaft wiederholt worden, ohne Beachtung der völlig anderen soziologischen, juristischen und religiösen Grundlagen der neueren Staatenwelt [8]).

Hervorgehoben wird in der Definition die res Romana, die mit Herrschermacht ausgestattete Verbandspersönlichkeit, nicht wird hierbei auf die Summe der Bürger abgestellt [9]). Die res Romana konkretisiert sich antikem Denken im „ewigen Rom" — der Stadt [10]).

Diesem Staatenverbande — so sagt Walz [11]) — tritt als juristisches und politisches Aequivalent die Sphäre des römischen Bürgers gegenüber. Beide Rechtssphären haben so gut wie keine Berührung; an eine Eingliederung des ius privatum ins ius publicum war nicht zu denken! Beide Rechtssphären bildeten sich selbst fort [12]).

Der atomistische Grundzug (Walz), der die Sphäre des selbstherrlichen pater familias heranbildete, formte auch für

---

5) Vgl. Walz, a. a. O. S. 11.

6) Vgl. Walz, a. a. O. S. 11.

7) Vgl. Ulpian, L I § 2 D. 1. 1. „publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat: privatum, quod ad singulorum utilitatem.

8) Vgl. Walz, a. a. O. S. 12.

9) Vgl. Gierke, GenossenschR. III, S. 54 § 4.

10) Vgl. die im I. Teil, 1. Abschn. S. 6—9 d. A. gezeigte Wandlung des Stadtstaates zum Weltstaat; die gegenständliche Vorstellung verliert ihre Gültigkeit.

11) Vgl. Walz, a. a. O. S. 13.

12) Vgl. die Entwicklung der Privatstrafe neben der öff. Strafe! Endemann, a. a. O. S. 9 unter IV b.

ihn den Eigentumsbegriff. So mußte das Eigentum zu der grundsätzlich „allumfassenden, obersten" rechtlichen Herrschaft über eine Sache werden. Das römische Eigentum hatte die doppelte Funktion wie das heutige nach § 903 BGB.[13]). Der Eigentümer glich einem Souverän, denn ihm stand kein Gleich- oder Besserberechtigter zur Seite. Hierzu paßt auch, daß bei Beschränkung durch dingliche Rechte das Eigentum begrifflich bestehen[14]) bleibt, ebenso wie der Grundsatz der Consolidationskraft[15]).

§ 2.

Das deutsche Recht.

Das alte deutsche Recht kannte nicht den Gegensatz. Der tiefere Grund ist wohl das andersartige Denken[16]). Das deutsche Denken haftet nicht an der Körperlichkeit der Antike, sondern zeigt einen Zug ins Universelle, den Hang zu funktionaler Verbundenheit[17]).

Hierdurch bedingt, weist die Individualität zugleich den funktionalen Grundzug auf, der den einzelnen so ganz anders erscheinen läßt als die singuli des römischen Rechts. Der einzelne ist verwoben in die Rechtsverhältnisse der Familie, Sippe, Mark, des Fürstenhofes hinauf bis zum König, wo sich das oberste Rechtsverhältnis als Treueverhältnis zwischen König und Volk darstellt. Der Grundzug des germanischen und mittelalterlich-deutschen Denkens ist demnach die Verflechtung des einzelnen in höhere religiöse und soziale Gemeinschaften[18]). Dies stand der Ausbildung eines typischen Privatrechts entgegen[19]). So trägt das Zentrum des öffentlichen Rechts im mittelalterlichen Lehnsstaat, das Staatsrecht, in seiner auf personenrechtlicher Grundlage aufgebauten Gliederung zahlreiche (heute gesagt) privatrechtliche Züge[20]).

Die durchgängig gegliederte Einheit, deren Aufbau in Rechtskreise der Sachsenspiegel so anschaulich bringt, beruhte auf genossenschaftlichen und herrschaftlichen Verbänden, wie Lehns-, Dienst-, Hofverbänden; als Subjekt erschien

---

13) Nutzung und Abwehr (§§ 985, 1004 BGB.).

14) Nur wesensverschiedene Rechte können neben dem Eigentum bestehen; Gierke, Deutsch. PrivR. II, S. 361.

15) Vgl. Dernburg, im 1. Teil 2. Abschn. S. 20 d. A.; Endemann a. a. O. S. 111; Hübner, a. a. O. S. 245/46.

16) Vgl. dazu Hübner, a. a. O. S. 8/9, der die Ähnlichkeit des griechischen mit dem germanischen Recht berührt.

17) Vgl. Walz, a. a. O. S. 14; Hedemann, a. a. O. § 6 V a.

18) Vgl. Walz, a. a. O. S. 16.

19) Vgl. Hübner, a. a. O. S. 17.

20) Vgl. Hübner, a. a. O. S. 18; Walz, a. a. O. S. 17; Wappäus, a. a. O. S. 74. Der Grund war wohl das Fehlen einer souveränen Staatsgewalt; die dem König, in dessen Person als Menschen sich die Staatsgewalt verkörperte, obliegenden Pflichten wurden geflissentlich übersehen, die Rechte aber in menschlicher Weise um so mehr ausgenützt (Wappäus, a. a. O.).

hierin der Lehns- oder Dienstherr in Person [21]). Die Genossen erscheinen in ihren Verbänden nicht in der Gesamtheit der universitas, einer über sie hinausgehobenen, abstrakten Verbindung, der juristischen Person, sondern als beseelte Gemeinschaft [22]).

Der Eigentumsbegriff erhielt sein Gepräge durch diese genossenschaftliche und herrschaftliche Verflechtung des germanisch-mittelalterlichen Staates. Eigentlich nur bei der Fahrnis ist alle sachenrechtliche Herrschaft festgestellt worden [23]), sonst aber findet man die Verflechtung mehrfacher Herrschaftsrechte, die sich in Ansehung der Benutzung, des Besitzes an der Sache ergänzen [24]). Die Herrschaft an Grund und Boden ging allerdings durch die ineinandergreifenden Rechte der wachsenden Zerlegung entgegen.

Die Ausbildung der Bodenleite [25]) führt zu einem begrifflichen Gegensatz zum Eigentum, endet indessen durch einen Auftrieb in der Entwicklung des Lehns- und Hofrechtes in folgendem Ergebnis: Je mehr der sachenrechtliche Charakter der Leihe betont wird, um so weiter entfernt sie sich von dem Gegensatz zwischen Eigentum und begrenztem dinglichen Recht [26]). So steht schließlich neben der sachenrechtlichen Ordnung des Lehns- und Hofrechtes die landrechtliche Eigentumsordnung. — Daß diese Rechtskreise als besondere Ordnungen angesehen wurden und ineinander übergingen, beweist die Behandlung des lehnsrechtlichen Besitzrechtes an zahlreichen Stellen des Landrechts im Sachsenspiegel [27]).

Als ein Beispiel für solche Verflechtungserscheinungen mag das „Inwärts-Eigen" aus dem mittelalterlichen Dienstrecht dienen, dessen Verbreitung in Österreich an Hand von Quellen Puntschart [28]) nachgewiesen hat. Dort hatte der Ministeriale gegenüber seinem Dienstherrn die Rolle des Eigentümers inne, und zwischen beiden gab es unter Absehen vom dienstherrlichen Verhältnis rechtsgeschäftlichen Verkehr über Grundstücke. Bei Veräußerung von Grundstücken außerhalb des Ministerialenstandes war indessen die Zustimmung des Herrn erforderlich. Diese Einwilligung wurzelte im landrechtlichen Eigentum des Dienstherrn! Die gesellschaftliche Entwicklung brachte das Erstarken des Ministerialenstandes mit sich. Da

21) Vgl. Anm. 20.

22) Vgl. Walz, a. a. O. S. 17. Prinzip der Gesamthand c/a juristische Person (res Romana).

23) Vgl. Gierke, Deutsch. PrivR. II. S. 352.

24) Vgl. Gierke a. a. O. es erscheint hier das gegen Hübner in der Einleitung zum 2. Teil erhobene Bedenken (S. 23 d. A.) gerechtfertigt.

25) Vgl. Gierke a. a. O. S. 353.

26) Vgl. Gierke a. a. O.; Puntschart, Das „Inwärts-Eigen", Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 43. Bd. German. Abtl. 1922, S. 75.

27) Vgl. Puntschart a. a. O. S. 100; Gierke a. a. O. S. 355.

28) Vgl. Puntschart a. a. O. S. 66 ff.

nunmehr die Ministerialen über das Gut wachen, wendet sich das Blatt, und der Herr bedarf bei der Veräußerung von Grundbesitz der Zustimmung des Ministerialen. Das dienstherrliche Eigentum wurde späterhin zum nackten Eigentumsbande ohne wirtschaftlichen Inhalt, wohingegen im Rechtsverhältnis des Ministerialen dessen Herrschaft zusehends gewachsen [29]) war. Charakteristisch am „Inwärts-Eigen" ist die dem deutschen Recht eigene Unterscheidung zwischen der inneren und äußeren Seite eines Rechtsverhältnisses; beide Seiten aber sind verschieden geordnet [30]); nach innen untersteht es dem Dienstrecht, nach außen dem Landrecht. —

Es wären als wichtigste Merkmale des germanisch-mittelalterlichen Eigentumsbegriffs festzuhalten, daß das Eigentum mit allen anderen Herrschaftsrechten einheitlicher Natur ist [31]) und alle an Sachen geknüpfte Beziehungen umfaßt, deswegen auch keinen Privatrechtsbegriff darstellt [32]); daß es der Abstufung bis zum Mindereigentum fähig ist [33]) und aus seiner Verflechtung Schranken im Begriff trägt [34]).

§ 3.

Die Zeit nach der Rezeption.

Gleichzeitig mit dem politischen Umwandlungsprozeß vom Feudalstaat zum Beamtenstaat [35]) erscheint die Rezeption; durch sie wird die Kluft zwischen privatem und öffentlichem Recht, die Eingang in die heutigen Staatssysteme fand, aufgerissen [36]).

Die Handhabung des übernommenen Eigentumsbegriffs hatte die Umgestaltung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse zwangsläufig im Gefolge; es erfolgte die Abbiegung des Eigentums ins Privatrechtsgebiet, die den heute noch über Schulungszwecke hinaus gebrauchten Satz, daß Eigentum ein Privatrecht sei, hervorbrachte. Eine vielseitige „Brechung" des

29) Vgl. Puntschart a. a. O. S. 100.

30) Vgl. Puntschart a. a. O.; vgl. auch diesen Grundsatz bei der Gesamthand, der Genossenschaft; vgl. das Wertpapierrecht.

31) Eigentum und dingliche Rechte sind nicht verschiedener Art, sondern nur von verschiedenem Erfassungsvermögen. Vgl. Gierke a. a. O. S. 359; Hübner a. a. O. S. 242, 244.

32) Das Grundeigentum enthält also ungetrennt: Gebietshoheit und Privateigentum; vgl. Gierke a. a. O. S. 356 IV, 2 Anm. 30 daselbst.

33) Vgl. Gierke a. a. O. S. 358; es wird dann von ledigem Eigen gesprochen; vgl. J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer II. 1899, S. 5 ff.; vgl. das „Inwärts-Eigen" S. 26 d. A.

34) Schranken in Gestalt von Pflichten gegen z. B. Familie, Sippe oder Dienstherrn.

35) Vgl. Walz a. a. O. S. 19.

36) Ansätze dazu fanden sich in den mittelalterlichen Städten, Gierke, Deutsch. PrivR. II S. 357 und Anm. 31 daselbst.

römischen Eigentumsbegriffs durch deutschrechtliche Gedanken war naturgemäß aus der Umwälzung heraus nicht vermeidbar [37]). Die Herauskehrung des individualistischen Eigentumsbegriffs römischer Herkunft im 19. Jahrhundert ist bekannt [38]). Die Gesetzgebung fußte auf den übernommenen Begriffen in vielen Fällen, so z. B. im ersten Entwurf zum BGB. [39]). Das BGB. selbst hat ja den romanistischen Begriffszwang bislang nicht überwunden [40]).

Daß aber jene Trennung in privates und öffentliches Recht, von der ausgegangen wurde, heute nicht weiterbestehen kann, zeigt die Begründung des Sozialrechtes, eines Mittelgebietes, in dem sich beide Rechtssphären mehr oder weniger innig vereinigen [41]).

2. Abschnitt: Der gesetzliche Niederschlag.

Die grundlegende Rechtsbeziehung im BGB., deren Wichtigkeit Hofacker [42]) untersucht und nachweist, ist die Beziehung zu einem anderen.

Wenn auch das Schuldrecht die charakteristische Ausprägung [43]) dieses Zweierspiels, sei es im Verhältnis von Mieter zu Vermieter, oder Verkäufer zu Käufer, bringt, so bleibt diese Zweierbeziehung doch nicht auf das Schuldrecht beschränkt; im Sachenrecht ist gleicherweise dem Begriff Eigentum organisch der andere zugeordnet; zugrunde liegt das Sich-nach-ihm-Richten als Anfang allen Rechtes. — Die fundamentalen beiden, das Sachenrecht durchziehenden Sätze sind die Herrschaft über körperliche Sachen und die Beziehung zu einem andern.

Die versuchte Begriffsbestimmung des § 903 BGB. hebt drei Merkmale hervor [44]): 1. das beliebige Umgehen, 2. die Abwehr Dritter, 3. die Veräußerung und Belastung. Der zweite und dritte Punkt gehören zusammen [45]), da ihnen gemeinsam die rechtliche Beziehung zu einem anderen ist; sie sind mithin

---

37) Vgl. Gierke a. a. O. S. 361 zum ALR.

38) Vgl. den Baseler Schanzenstreit; vgl. die inneren Zusammenhänge S. 59. 60 d. A.

39) Der sich auch bezgl. der Regelung des Besitzes, der Miterben, eng an die römische Auffassung anschloß. Vgl. Leonhard, Bürgerl. Recht, Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 1926, 2. Aufl. S. 2.

40) Vgl. Gierke a. a. O. S. 361.

41) Vgl. Loeb, Öffentl. Recht — Privatrecht — Sozialrecht, Diss. Frankfurt 1930, bes. S. 35; dieselben Bestrebungen bei Hedemann bezgl. des Eigentums S. 33 ff. (35) d. A.

42) Vgl. Hofacker, Der log. Aufbau des deutschen Rechts, 1924, S. 10.

43) Vgl. Hofacker a. a. O. S. 11.

44) Vgl. Friedrichs, Arch. d. öff. Rechts, Bd. 40, § 11, S. 287.

45) Vgl. Hofacker, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, 1919, III, 1, S. 103 ff.: In § 903 BGB. ist also die „Beschränkung des Eigentums als Sachherrschaft gegenüber anderen" ausdrücklich festgelegt.

nach dem oben Ausgeführten ein Ausfluß des Rechts; allerdings ist die darin begriffene Abwehr nochmals und treffender in den §§ 985, 1004 BGB. zum Ausdruck gebracht[46]).

Das erste Merkmal, das beliebige Umgehen, trägt keine rechtliche Verpflichtung[47]) in sich, der andere fehlt; diese gesetzliche Erläuterung entbehrt also jedes rein bürgerlichrechtlichen Gehaltes. Zutreffend bemerkt hier Friedrichs[48]), daß die tatsächliche Verfügung deswegen nicht als Ausfluß des Eigentumsrechtes angesehen werden könne, weil man auch mit herrenlosen Sachen beliebig umgehen, d. h. sie zerstören, verändern, könne. —

3. Abschnitt: Die außergesetzlichen Grundlagen.

Der gesetzliche Begriff regelt nur, wie sich das Eigentum im Kampfe verhält[49]). Doch deswegen wird wohl keiner das Eigentum erwerben, im Gegenteil. Die tiefere Begründung des Privateigentums ist also nur im außerrechtlichen Kreis[50]), in der Kulturordnung zu suchen.

Auch diese tiefere staatlich-gesellschaftliche Begründung gehört mit zum Recht. Oft genug wird ja der Richter auf sie zurückgreifen, obwohl er die Entscheidung auf Grund positiver Normen zu treffen hat[51]). Das geltende Recht ist demnach umfassender als der Gesetzestext, es gehört ja auch das Gewohnheitsrecht in seinen Kreis[52]).

Weshalb man dem einzelnen das Privateigentum zugesteht, führt Hedemann[53]) auf einen jahrhundertelangen Denkprozeß zurück. Ich glaube, daß hier etwas ganz anderes ausschlaggebend ist, und zwar die gefühlsmäßige Seite. Gegen Hedemanns Annahme spricht ja immerhin auch, daß jenes Zugeständnis von sozialistischen und kommunistischen Lehren, deren entwicklungsgeschichtliche Keime wohl älter sind als die Ausbildung des Einzeleigentums, angegriffen worden ist. Von

46) Vgl. Jung, Bürgerl. Recht bei Stammler: Das gesamte deutsche Recht, 1931, § 2, S. 456.

47) Vgl. Jung, Eigen und Erbe, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 19 (1926), Heft 4, S. 533.

48) Vgl. Friedrichs a. a. O.; vgl. dazu Hofacker, Der logische Aufbau . . . . S. 20.: Eigentumsfreiheit sei Ausfluß des objektiven Rechtes; dies ist richtig, wenn man ebenso die Definiton des § 93 BGB. „wesentlicher Bestandteil" als Ausfluß des objektiven Rechtes ansieht.

49) Vgl. Jung, Eigen und Erbe, a. a. O. S. 533.

50) Vgl. Puntschart a. a. O. S. 94; vgl. den ersten Abschn. des II. Teils S. 23 d. A.

51) Vgl. Jung bei Stammler § 2 S. 455.

52) Vgl. als Beispiel: Das Prinzip der Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund im Strafrecht; anerkanntes Recht im Gebiete der Fahrlässigkeit; vgl. Mezger, Strafrecht, 1931, § 49, S. 373.

53) Hedemann a. a.O. S. 8 § 2.

seiten dieser Lehren wird betont, daß dem Eigentümer der Genuß vorbehalten sei; der Angriff richtet sich vorzugsweise gegen den Genuß verbrauchbarer Sachen, wird aber auf allen Besitz ausgedehnt; man mag den tiefsten Grund hierfür im Entbehren der Geringbegüterten suchen.

Aber diese Erkenntnis erscheint fehlerhaft. Betrachtet man das Eigentum von der anderen Seite, von dem Besitzenden aus, so rücken die folgenden, einen „Genuß" verdrängenden Gedanken in den Vordergrund. Warum sorgt z. B. ein Bauer für Haus und Hof; weswegen wird ein Scheunendach neu geschindelt, weshalb werden Zäune gesetzt, Abgräben gezogen, Feldwege frisch geschottert oder was es an nie abreißenden Arbeiten sonst noch gibt? Weil die Sorge um das Zerfallen des Eigentums dahintersteht, weil der Bauer seine Eigenwerte erhalten, nach Möglichkeit aus eigenen Produktionsmitteln ersetzen muß; weil er seinem Eigen verbunden ist. Auch der Gewerbetreibende hat zu seinem Handwerkszeug, zu den Helfern seiner Arbeit, ein persönliches Verhältnis; und so hängt jeder Mensch an persönlichem Gut, an Büchern, Gegenständen aller Art, Schmuckstücken; es sind Gegenstände seines engeren Lebensraumes, an denen er durch seine Hingabe an sie regeneriert. Goethe[54]) hat gesagt, der Besitz mache ihn glücklicher, weil er frei von dem Wunsch nach Besitz das Wesen der Sache unbefangener erfühlen und beobachten könne. Es besteht darnach ein innerliches Verhältnis zu den eigenen Sachen. Die sinnvolle Verbindung von Mensch und Eigentum entwickelt Jung[55]) und weist auf die Bande hin, die den Eigentümer an sein Gut knüpfen. Neben dem Erarbeitungsgedanken, der sich auch aus den Vorschriften des BGB. § 950 ff. herausnehmen läßt, liegt ein anderer dem Eigentum zugrunde. Eigentümer ist der, der die Gefahr trägt, darin gipfeln diese Ausführungen, die Gefahr vor Verlust, die Sorge vor dem Untergang; und deswegen pflegt und sorgt man, weil man durch diese Sachverbundenheit das Leben erlebt.

Es will mir scheinen, als läge eine tiefe Berechtigung darin zu sagen, daß Dinge, die seelischen Einsatz verlangt haben, sich an das eigene Innere ketten. Seelischer Einsatz aber ist selbst Verbrauch, ist Arbeit! Warum soll dann nicht die Sache einem selbst gehören, wenn doch der Hände Arbeit, Stoffveredelung letzten Endes, als Berechtigung zum Eigentum anerkannt wird[56])? Der Erarbei-

54) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932, S. 135.

55) Vgl. Jung, Eigen und Erbe, a. a. O. S. 533 ff.; auch bei Stammler § 211, S. 917 ff.

56) Vgl. die Enzyklika Papst Pius XI.: Quadragesimo anno vom 15. Mai 1931 (als Broschüre im Verlag der Paulinus-Druckerei G. m. b. H. Trier) II. Teil 1. Eigentum, Abschnitt Erwerbstitel. — Vgl. die Ideen Hugo Grotius', John Lokkes, S. 15/16 d. A.

tungsgedanke schließt in sich den Gefahrtragungsgedanken.

So weist das Wort Arbeit als eigentumschaffende Kraft auf die letzten Ziele menschlichen Lebens; es ruht in der „Erarbeitungs-, der Spezifikationstheorie eine tiefe, innere Wahrheit.

Eigentümer ist im Rahmen dieser Betrachtung also der, der um den Untergang der Sache Sorge tragen muß, der in solcher Beziehung zu seiner Sache steht, daß sie für ihn Wesen annimmt. „Der Mensch hat seine Würde, ihre Würde hat auch die Sache" (Radbruch). Sie verlangt Pflege, Liebe. —

Kennzeichnend für die hohe Wertschätzung des persönlichen Einsatzes ist für uns die Vorschrift der Konkursordnung, daß überall dort, wo menschlich werbende Arbeitskraft im Hintergrunde steht, die Zahlungsunfähigkeit allein als Konkursgrund gilt [57]). Eigentümer ist demnach nicht der, der die Sache genießt [58]).

Eindringlich zeigt der Niedergang des römischen Weltreiches, wie wichtig Eigenarbeit und Sorge des einzelnen sind. Der Satz: „Latifundia perdidere Italiam" kennzeichnet die Ursache; das kleine Eigentum am Boden verging, der große Eigentümer aber wurde zum staatlichen Steuereintreiber degradiert; die Gesetzgebung Constantins (325 p. C. n.) vermochte der Entseelung des Eigentums nicht mehr zu steuern. Die mangelnde seelische Durchdringung auch des Eigentums ist wohl die Ursache des Untergangs des römischen Reiches geworden, deswegen ist auch das Volkstum zum Aussterben verurteilt gewesen [59]).

Die außergesetzlichen Grundlagen des Privateigentums liegen also in der Hingegebenheit und Sorge um die eigene Sache. Diese Verknüpfung von Wesen und Würde des Menschen mit Wesen und Würde der Sache ist Ausdruck der Weltanschauung.

Spengler [60]) sagt in seinem Untergang des Abendlandes, als er von der seelischen Verwurzelung des Bauern spricht: „Aus dieser Art von kosmischer Verbundenheit ist die Idee des Eigentums hervorgegangen . . . . Eigentum ist ein Urgefühl." Darin liegt der stärkste gefühlsmäßige Ausdruck dessen, was uns treibt, eigene Dinge zu pflegen und zu hüten [61]).

---

57) Vgl. Kisch, Grundriß des deutschen Konkursrechts, 10./11. Aufl. 1932, Seite 9.

58) Vgl. das Inwärts-Eigen als wirkliches Eigentum S. 26 d. A.

59) Vgl. Jung, Eigen und Erbe, a. a. O. S. 553.

60) Vgl. Spengler, Der Untergang des Abendlandes. II. Bd. 1922, S. 105, 424, 602.

61) Vgl. J. Grimms Forschungen (Vorrede zum Gothischen Glossar von E. Schulze, S. XIII.) „Aigan hat mehr eine innere, haban eine äußere Gewalt über den Gegenstand zu bezeichnen."

Hier wurzelt die Idee des Eigentums[62]); seine innere Berechtigung leitet das Eigentum aus dem Bedürfnis des Menschen zu leben her!

4. Abschnitt: Die Abwandlungen des Eigentumsbegriffs in der Sozialisierung.

Die Vorstellung, die dem Eigentum des BGB. infolge romanistischen Einschlages zugrunde liegt, nämlich das ungestörte Genießen, steht mit der Wirklichkeit in krassem Widerspruch. Sie ist als Eigentumsbegriff zu eng und paßt in eine kleine Welt von Menschen, deren Besitz annähernd gleich ist. Die Grundvorstellung ist die: lauter kleine Privateigentümer stehen in ihrem Lebenskreis annähernd gleichgeordnet. In einem solchen Gesellschaftszustand war eine reibungslose Gültigkeit des Gesetzes denkbar, denn alle hatten gleiche Interessen. Radbruch[63]) kennzeichnet den Zustand folgendermaßen: „Solange in geschlossener Hauswirtschaft jede Wirtschaftseinheit sich selber genügte, war Eigentum mehr Beziehung zu einer Sache als Beziehung zu anderen Menschen." Diese Selbstgenügsamkeit aber paßt nicht zu der Welt der Banken, der Kartellierung, der Fabriken und Trusts. Es ist also von jener Kleinwelt der Verbundenheit des Gemütes eine Veränderung dahin eingetreten, daß die Sache vielfach Ware wird, daß man sie in Preise schätzt, sie nicht dauernd besitzen will, sondern zu „realisieren" (Radbruch) bestrebt ist. Dieser Vorgang stellt sich bereits bei Überproduktion einer geschlossenen Hauswirtschaft ein. Der Zustand der geschlossenen Hauswirtschaft ist also nicht haltbar. Die Sache wird Ware, sie hat Preise, das gesamte Gut wird Vermögenswert, also Geldwert. Auf diesem Wege von der Sache zum Gelde verliert das Eigentum die persönliche Verbundenheit, und es entsteht ein „Zweckverhältnis". Hierin muß ja nur der Nutzen gesehen werden.

Ein solches Verhältnis zur Sache liegt dem Handel schlechthin begrifflich zugrunde; und so zeigt das Gesellschaftswesen, das aus Nachbildungen familienhafter Gemeinschaften[64]) entstanden ist, den darin ruhenden Nachteil, nämlich die Entfernung vom ursprünglichen Eigentum. Dort wird mit dem Eintritt fremder Teilhaber der Nutzen aus dem eingebrachten Kapital allein ins Auge gefaßt und die Gefahrtragung um das Unternehmen wird um die Höhe der neuen Einlage sinken; des Nutzens wegen tritt der Fremde ja ein, er ist nicht

---

62) Vgl. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1928, § 166, S. 333.
63) Vgl. Radbruch a. a. O. S. 138.
64) Vgl. Jung, Eigen und Erbe a. a. O. S. 560/61; auch Hedemann a. a. O. § 1 IV, S. 8. — Die beste Sozialisierung liegt in der Familie. —

der Eigentümer. — Betrachtet man eine Gesellschaft von drei Teilhabern, so ist jedem der drei ⅔ des Kapitals fremd, er wird sich nur um sein Kapital sorgen, die Gefahrtragung, also das Interesse am Bestehen der Gesellschaft, ist so um ⅔ vermindert.

In der Entwicklung des Gesellschaftswesens im großen wird mit dem Anwachsen der Mitgliederzahl die Verantwortung herabgedrückt. Wenn also die Produktivgüter der individuellen Beherrschung entzogen und Organisationen, juristischen Personen, übertragen werden, so muß diese Organisation durch einen Angestelltenapparat die Verteilung der Güter und Nutzen vornehmen[65]); dieser Apparat aber leidet unter dem Mangel freier Betätigung und eigener Verantwortung.

Ein Rückblick auf die Form des Einzelunternehmens beweist auch die verfehlte Angriffsrichtung des Marxismus. Der Einzelunternehmer ist betriebsverbunden und mit ihm seine Angestellten als wirtschaftlich Abhängige. Die (kapitalistische) Gefahr besteht allein in der Überfremdung des eigenen Betriebes mit fremden Betriebsmitteln.

Die Einrichtung des Genossenschaftswesens bedeutet daher in dem Rückgriff auf die Werte menschlicher Gefahrverbundenheit gegenüber dem Gesellschaftswesen eine fruchtbare Anknüpfung (die Genossen haften bei beschränkter Einlage wie Volleigentümer!). Das Genossenschaftswesen bedeutet unter Anknüpfung an deutsch-rechtliche Vorstellungen von der Genossenschaft die äußerste Folge aus dem Eigentumsgedanken[66]).

Die Vergesellschaftung (Sozialisierung) des Eigentums hat indessen starke Fortschritte gemacht, so daß es die dogmatische Zukunftsfrage bilden wird, ob man nicht den Eigentumsbegriff wandeln muß; Hedemann[67]) ist geneigt, öffentlich-rechtliche Bestandteile in die Substanz des Eigentums mitaufzunehmen. Daraus zieht er drei dogmatische Folgerungen: es sei dann eine Beschränkung des Eigentumsbegriffs auf den privatrechtlichen Gehalt unmöglich[68]); es liege dann das Schwergewicht des Eigentums im Ausnutzendürfen, nicht mehr im Haben; schließlich sei eine Beteiligung mehrerer Gewalten am Eigentum über die bisherige zu enge Dogmatik hinaus anzuerkennen. Die Entwicklung geht in den letzten Jahrzehnten auf einen so gesehenen organischen Eigentumsbegriff zu.

Die Nutzungsfähigkeit (der Ertragswert) wird mehr in den Vordergrund gerückt als der Verkaufswert; z. B. bei der Enteignung; dort ruht bei noch so starker staatlicher Machtbe-

---

65) Vgl. v. Philippovich, Grundriß der politischen Ökonomie, Bd. I. 18. Aufl., 1923, S. 107.

66) Vgl. Jung, Eigen und Erbe a. a. O. S. 541; vgl. den Grundsatz der Gefahrtragung im 3. Abschnitt des II. Teiles S. 30 d. A.

67) Hedemann a. a. O. S. 33 ff., 24, 27 ff.

68) Vgl. hierzu und zu folgendem Hedemann a. a. O. S. 27 ff.

tätigung ein individualistisches Merkmal in der Berücksichtigung aller, auch ideeller Schäden (Ertragswert). So ist die Minderung des Ertragswertes z. B. durch kommunales Bauverbot für ein bestimmtes Areal nach der neuesten Rechtsprechung der Reichsgerichts entschädigungspflichtige Enteignung.

Hedemann[69]) zählt auch die Entwicklung des fiduziarischen Eigentums hierher. Das Reichsgericht macht hier den bekannten Unterschied zwischen wirtschaftlichem und juristischem Eigentum (RGZ. Bd. 45 S. 80 f. (85); Bd. 62 S. 193). Der deutschrechtliche Gedanke der Verflechtung ist hier nachweisbar[70]). Die Mobilisierung der Bodenwerte gehört in die Betrachtung hinein; das Hypothekenrecht bildet einen wichtigen Bestandteil der heutigen Kreditverhältnisse. In der Ausbildung der Veräußerungsmöglichkeit[71]) aber keimt hier schon die Entfernung des Menschen von der Sache. —

Wendet man sich den aus dem Gesellschaftsrecht entwickelten Formen der Interessengemeinschaften oder Trusts zu, die im industriellen Leben auch über die eigenen Landesgrenzen hinausgreifen, so ist die Frage nach dem Eigentum recht schwierig. Aber man braucht nicht so weit zu greifen; schon ein industrieller Betrieb genügt, um zu beweisen, daß hier Eigentumsformen gesehen werden können, die vom Ausgangspunkt (dem Einzeleigentum) weit entfernt sind. Das Eigentum an dem Werk steht den Aktionären zu (wie Hedemann sagt: in der Ruhelage). Denkt man sich aber dies Werk in dem Wirtschaftsorganismus stehend, so wird es unter die Norm des Ertragswertes kommen, denn dazu wird es betrieben. Dieser Ertragswert hängt von der Leitung (Verwaltung) und von der Leistung (Arbeiterschaft) ab. Es stehen demnach wirtschaftlich gesehen noch zwei Größen neben dem Eigentümer.

Greift man zurück und fragt: wem gehört dann der Gewinn? so wird die Antwort auf Grund des gesetzlichen Eigentumsbegriffs lauten müssen: dem Eigentümer. Dabei wird vergessen, daß außer den Aktionären der Staat am Gewinn beteiligt ist; unter normalen Umständen muß die Arbeiterschaft auch vom Gewinn abgelohnt werden. Der weitaus größte Teil des Gewinns wird heutzutage hierauf wie auf die sozialen Lasten verwendet. Wird dieses Einzelwerk unter Beachtung dieses Ergebnisses in die Gesamtheit, den Verband der branchengleichen Betriebe eingeordnet, so erhellt gleich, daß die Gewinnverteilung infolge der Bindung an den Verband dort weiter abgewandelt wird, denn größere Interessen bedingen weitsichtigere Verteilung, so daß schließlich als letzte Folgerung aus der Verflech-

69) Hedemann a. a. O. § 6 V 2b 2 S. 63.

70) Vgl. das „Inwärts-Eigen S. 26 d. A.

71) Vgl. Sohm, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 28 (1906) S. 206. Nach Sohm ist die Veräußerungsmöglichkeit Grundlage des Bodeneigentums.

tung einem wirtschaftsschwachen, verbandsangehörigen Werk der Gewinn, also der Nutzen anderer, in den Schoß fallen kann.

Das industrielle Leben zeitigt auch noch andere Verflechtungserscheinungen. Ist z. B. einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, einem Elektrizitätswerk, ein Sondernutzungsrecht in Gestalt der ausschließlichen Kabelverlegung in Straßen eines bestimmten Reviers [72]) zugestanden worden, dann geht das private Recht völlig ins öffentliche über; es ist so bei den wirtschaftlichen Verflechtungen eine Unterscheidung von Rechtswirkung auf den Boden des privaten oder öffentlichen Rechts zuweilen unmöglich [73]). —

Der hier geschilderten Entwicklung lag nichts weiter zugrunde als das Bemühen, die den deutschen Vorstellungen widersinnig erscheinende Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, die das Eigentum ins Privatrecht verwies, zu überwinden. Hedemanns Bestrebung (Antithese: Haben — Ausnutzendürfen), die sich in den Verlauf der letzen Jahrzehnte eingleicht, bedeutet einen Rückgriff auf das deutsche Recht. Es wird so der Eingliederung des Privatrechts in das öffentliche Recht der Weg bereitet.

Daß der Eigentumsbegriff außergesetzlicher Art (3. Abschnitt) im Sinne der Alleinherrschaft allerdings der Auflösung entgegengeht, muß in den Kauf genommen werden.

5. ABSCHNITT:

Die Gewährleistung des Eigentums.

Als die Basis des gesetzlichen Eigentumsbegriffs bezeichnet man die Verfassung. Gedanklich erscheint daher ein Übergang beider ineinander naheliegend [74]). Ein kurzer geschichtlicher Hinweis mag die völlig andersartigen Wurzeln des verfassungsrechtlichen Begriffes zeigen.

Aus dem Dualismus von Kirche und Staat im Mittelalter, einem Staat, der nie versucht hat, das ius sacrum in seine Rechtsordnung einzubeziehen — sagt Georg Jellinek [75]) —, verbunden mit der altgermanischen Anschauung von der Priorität des Individualrechtes, das der Staat nicht schafft, sondern

---

72) Z. B. im Rheinland, bei Kabeln bis zu 50 000 Volt durch Genehmigung der Gemeinden oder Provinzialverwaltungen.

73) Vgl. S. 28 und Anm. 41 das.; vgl. Fleiner a. a. O. S. 59; Hofacker Der log. Aufbau a. a. O. S. 8, I, 2; vgl Jung bei Stammler a. a. O § 209 S. 912, 913.

74) So Hofacker, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, 1926, S. 35 ff.; vgl. auch Krückmann, JW. 1928, Bd. I, S. 646.

75) Georg Jellinek, Allgem. Staatslehre, 3. Aufl., 1920, S. 411.

nur anerkennt, wächst die Vorstellung von dem angeborenen Menschenrechte hervor.

Gemeinhin zitiert man als Marksteine der Entwicklung das Ergebnis des Kampfes zwischen Parlament und Krone in England in der Petition of Rights von 1628 und der Bill of Rights von 1689. In dieser Form, also auf dem Umwege über die Ansiedlung der Angeln und Sachsen auf der britischen Insel sind diese Grundlagen germanisch-deutschen Rechtslebens im 17. Jahrhundert bekannt geworden; sie sind indessen in Deutschland viel älter und beruhen letztlich auf dem Kapitular Chlothars II. von 614, auf karolingischen Kapitularien und für die einzelstaatliche Entwicklung auf dem Reichsgesetz des Reichsverwesers König Heinrich von 1231.

In die Zeit der englischen Kodifikationen fällt auch die der amerikanischen Kolonisten. Die Bestrebung nach Gewissensfreiheit (Rhode Island [76])) — die übrigens für alle europäischen Länder auf dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 beruht, — tritt hinzu; das allgemeine Menschenrecht ringt sich durch. — Auch hierin lassen sich in Deutschland weitaus frühere Bestrebungen nach Gewissensfreiheit und allgemeinem Menschenrecht nachweisen. Dem französischen Philosophen Montaigne, der um 1580 Deutschland bereiste, fiel die in den Reichsstädten allgemein bestehende Gewissensfreiheit als etwas besonderes auf. Die Sicherheit vor willkürlicher Verhaftung, die in England in der Habeas-Corpus-Akte erst 1679 niedergelegt ist, wird bereits in einem Kölner Verbundbrief von 1513 ausdrücklich ausgesprochen. Diese Ansätze sind indessen nicht ursächlich für die „Unverletzbarkeit" des Eigentums in Art. 9 der preußischen Verfassung geworden.

Die eigenmächtige geschichtliche Entwicklung geht über die Kämpfe der amerikanischen Kolonien um Losreißung von England unter Berufung auf das Menschenrecht. Frankreich übernahm die von Lafayette aus Amerika mitgebrachten Anregungen in die bekannte Formulierung der Droits de l'homme et du citoyen von 1789, die Eingang in die französischen Verfassungen fanden. Diese werden Vorbild für die belgische Verfassung von 1831, die man in Preußen als fortschrittliches Dokument zur Grundlage der revidierten Verfassungsurkunde vom 31. 1. 1850 nahm [77]). Daß eine Übernahme der Grundrechte des deutschen Volkes von 1848 der Bismarckschen Verfassung widersprach, bedarf bei deren föderalistischem Grundzug keiner Betonung.

Die Entwicklung des verfassungsrechtlichen Begriffs in Preußen zeigt infolge der Aufnahme der Menschenrechte eine

76) Vgl. G. Jellinek, a. a. O. S. 411 ff.; vgl. Bredt, Der Geist der Deutschen Reichsverfassung, 1924, S. 342.

77) Vgl. Bornhak, Preuß. Staats- u. Rechtsgesch., 1903, S. 466.

scharfe Herauskehrung des Individualismus. Es ist dasselbe, was Sohm[78]) bei den Beratungen zum BGB., unter Berufung auf die Magna Charta, ins Bürgerrechtliche verschoben zum Ausdruck brachte. Er aber wiederholt fast die philosophische Rechtfertigung John Lockes, der aus der dem Menschen eingeborenen Freiheit zum Schutze des Eigentums dem Staat unüberwindliche Schranken auferlegt[79]). Lockes Worte aber zeigen, welche Grundvorstellungen im Verfassungsleben weiter fortwirken. —

Heute nun versucht man, jene „Unverletzlichkeit" des Eigentums mit der „Gewährleistung" in Art. 153 RV. von 1919 mehr oder weniger auf einen Nenner zu bringen[80]).

Man findet in Art. 153 RV. eine unglückliche Verquickung verschiedenster Vorstellungen; einmal die Fortführung des alten Gedankengutes der Unverletzlichkeit, die Anschütz[81]) besonders hervorhebt. Satz 2 des Artikels bereitet immerhin, wie noch behandelt werden wird, eine Brücke zum älteren Recht. — Die gewaltsamen Umwälzungen nach dem Kriege, die rücksichtslosere Formen des Lebens entwickelten, und das ganze Volk in seinem so gesichert erscheinenden Besitz Opfer kosteten, standen der von Anschütz vertretenen Auffassung entgegen; und doch fand sich die Auffassung des Heidelberger Rechtslehrers durch die Bestrebungen des Reichsgerichts (vgl. RGZ. Bd. 111 S. 320 ff. — 328 —) gestützt, die in Anlehnung an Wolff[82]) die alten zivilrechtlichen Gedanken nicht preisgaben, sondern sogar in Erkenntnis der Notzeit den Eigentumsbegriff weiter auslegten; und dazu bot Satz 2 des Art. 153 RV. dem Reichsgericht durch seine Rückverweisung auf römisches Gedankengut einen immerhin noch tragbaren Rückhalt[83]).

Gegen eine solche erweiterte Auslegung dürfte sich aber sehr wahrscheinlich die Auffassung der Weimarer Koalition, in der die Sozialdemokraten doch die weitaus stärkste Partei bildeten, gewendet haben.

78) Vgl. Hedemann, a. a. O. § 2 S. 13.

79) Vgl. John Locke, a. a. O. 2. Buch, Kap. 9, § 124: "The great and chief end, therefore, of men's uniting into commonwealths . . . is the preservation of their property"; dasselbe sagt er noch einmal im Kap. 11 § 134. Zusammenfassend zieht Locke nach diesem die Grenze, die Gott und „Natur" dem Staat gesetzt haben, in Kap. 11 § 142.

80) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Komm. 3. Bearb. 1930, S. 607 unter 3, 4.

81) Vgl. Anschütz, a. a. O. — Daß man nicht unter „Gewährleisten" in Art. 153 RV. die „Unverletzlichkeit" des Art. 9 der preuß. Verf. fortführen will, beweist Wolff, RV. u. Eigentum, 1923, S. 6, aus Art. 154 RV., der das Erbrecht „gewährleistet".

82) Vgl. Wolff, a. a. O. S. 1.

83) Daß eine Überleitung aus dem BGB. gedacht wurde, (Satz 2 fordert diesen Schluß direkt heraus) spricht Hofacker, Grundrechte und Grundpflichten, a. a. O. S. 35 ff., offen aus; wie Hofacker auch das Schweizer Bundesgericht in derselben Frage; zit. bei Wolff, a. a. O. S. 7.

Die Zeitströmung läßt auch vermuten, daß politische Motive bei der Fassung des so umstrittenen Satzes 3 des Art. 153 RV. maßgeblich gewesen sind. Der Satz „Eigentum verpflichtet" . . . enthält ein politisches Bekenntnis zur sozialen Ausübung [84]). Diese Fassung hat einen ganz anderen Ausgangspunkt, als die deutschrechtliche Vorstellung, die sich auf der Verflechtung aufbaute [85]), will aber wohl auf dasselbe hinaus. nämlich gegen den reinen Herrschaftsbegriff des Liberalismus angehen; sie richtet sich aber damit — und das klingt wie eine Ironie — auch gegen den zweiten Satz desselben Artikels. Sieht man indessen über die Unvollkommenheit [86]) der Fassung hinweg, so mag man die Bemühung künftighin verwerten und mit Giese [87]) sagen: „Diese Vorschrift bindet den Bürger nur moralisch [88]), den Richter als Auslegungsregel, den Gesetzgeber als direktiver Rechtssatz."

84) Vgl. von Freytagh-Loringhoven, Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit, 1924, S. 365; Freytagh-Loringhoven verweist den Satz in die Sittenordnung; vgl. auch Friedrichs, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 40, S. 286.

85) Vgl. S. 25—27 d. A.

86) Vgl. Hofacker, Der logische Aufbau, a. a. O. S. 30.

87) Vgl. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Komm. 8. Aufl. 1931, S. 318.

88) Vgl. Anm. 84 oben.

III. Teil.

Die rechtliche Struktur des Eigentums an „öffentlichen Sachen."

1. Abschnitt. Die privatrechtliche Auffassung.

Die vorstehend gekennzeichneten Vorstellungen im Eigentumsbegriff kehren immer wieder; da sie zum Teil auch bei Mayer erscheinen und für seine Lehre ursächlich geworden sind [1]), erschien eine breitere Behandlung notwendig.

Zum Verständnis des Folgenden, für die Frage des Eigentums im öffentlichen Eigentum, ist an der Auffassung, die sich im BGB. befindet, festzuhalten; es entfällt sowohl die Strömung der Nachkriegszeit, wie auch im großen und ganzen das zurückgestellt werden soll, was vor der liberalistischen Bewegung liegt, die den Eigentumsbegriff im BGB. im Verein mit römischen Vorstellungen bilden half.

Unter Ausscheidung von Finanz- und Verwaltungsvermögen [2]) bleiben die Sachen im Gemeingebrauch als so strittiger Gegenstand. Die durchaus herrschende Lehre [3]) faßt das Rechtsverhältnis an einer öffentlichen Sache als Individualeigentum auf [4]). Dies trifft zu, wenn die Sache einer Privatperson gehört. Das Eigentum wird mit einer öffentlichrechtlichen Last belegt, und zwar mit der Pflicht zur Duldung der Zweckbestimmung zur öffentlichen Sache. Die Belastung wird auch von den Vertretern der öffentlichrechtlichen Auffassung als eine Dienstbarkeit, die dem Staate zusteht, angesehen. Steht dem Staat oder einer Gemeinde das Eigentum zu, so werden von der herrschenden Lehre die Verhältnisse ebenso angesehen. Das Eigentum wird um der öffentlichen Zweckbestimmung willen in jeweils dem erforderlichen Maße eingeschränkt, als die Ver-

---

1) Vgl. S. 57—63 (59) d. A.

2) Das Finanzvermögen untersteht als Privateigentum dem bürgerlichen Recht; das Verwaltungsvermögen im großen und ganzen auch; vgl. dazu Hedemann, a. a. O. § 4 II 3 S. 35; W. Jellinek, VerwR. 1931, 3. Aufl. § 22, S. 505 ff.

3) Fußend auf dem Eigentum des BGB.; vgl. den II. Teil Abschn. 1 § 3 u. Abschn. 2 S. 27—29 d. A.

4) Vgl. statt vieler Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 1932, 4. Aufl. I. Bd. S. 90 ff.; Dreyer, VerwArch. Bd. 20 S. 162; auch Friedrichs, a. a. O. S. 307 ff. (308).

fügung darüber dem Zweck widerspricht[5]). Demnach untersteht die „öffentliche Sache" sowohl dem bürgerlichen wie öffentlichen Recht. Das Verhältnis erscheint durchaus labil; je ausschließlicher die Zweckbestimmung, um so weiter die Ausdehnung des öffentlichen Rechts. Im übrigen aber ist der Auswirkung des Privatrechts keine Schranke gesetzt. Diese Folgerung klingt nach Gleichwertigkeit beider Rechtssphären, aber das Gegenteil dürfte der Fall sein.

Wenn nämlich auf Grund eines dinglichen Rechtes die Verwaltung über ein Privatgrundstück einen der Öffentlichkeit gewidmeten Weg gezogen hat, wird es dem Grundstückseigentümer nicht möglich sein, durch einen zivilrechtlichen Akt den öffentlichen Weg seiner Aufgabe zu entziehen[6]). Widmung bedeutet Zertrümmerung der Eigentümerbefugnisse[7]). Aus der Wirkung der Widmung wäre eher zu folgern, daß, wie Bühler[8]) meint, höchstens ein ganz schmaler Raum für die Auswirkung des bürgerlichen Rechts bliebe; und das selbst muß bewiesen werden. Denn was gibt es an Straßen einer Stadt noch für bürgerlichrechtliche Fragen[9]), solange diese Straßen dem Verkehr angehören?

Erkennt man mit der herrschenden Lehre den Staat als Wgeeigentümer und als Wegeherrn an, also als Untertan und als Obrigkeit, so gerät man mit der juristischen Konstruktion dieser Auffassung in Schwierigkeiten. Man kann entweder, wie Kormann[10]), ein Recht des Staates an eigener Sache anerkennen oder man nimmt die Fiskuslehre zur Hilfe.

Das bürgerliche Recht kennt die Einrichtung der Rechte an eigener Sache; die Eigentümerhypothek des § 1163, die Grundschuld des § 1196, die Vermeidung der Konfusion im § 889 BGB. beweisen dies; im wesentlichen sind es aber Rechtsformen vorübergehender Art oder zur Sicherung wirtschaftlicher Belange. Rechte an eigener Sache als so bekannte Form ins öffentliche Recht zu übertragen, halte ich einmal für unzulässig, weil dann dies Recht an eigener Sache zu einer Dauerstellung gelangt; dann aber, weil die Rechtsformen des bürgerlichen wie öffentlichen Rechts verschieden sind, und mit der Übernahme Unheil angerichtet wird[11]). Wenn Friedrichs[12]) sogar bürgerliches wie öffentliches Sachenrecht, um das Recht

---

5) Vgl. H. Schelcher, Fischers Zeitschrift, Bd. 48 S. 349/50.
6) Vgl. Fleiner, a. a. O. S. 368.
7) Vgl. Jung bei Stammler, a. a. O. § 209, S. 914; Eigen und Erbe, a. a. O. S. 542; vgl. H. Schelcher, a. a. O. S. 384.
8) Vgl. Bühler, VerwArch. Bd. 27 S. 297.
9) Vgl. H. Schelcher, a. a. O S. 370.
10) Vgl. Kormann, Fischers Zeitschrift Bd. 43 S. 47.
11) Vgl. die Übernahme des Sachbegriffs aus § 90 BGB. S. 66 ff. d. A.
12) Vgl. Friedrichs, a. a. O. S. 257 ff.

auf eine einheitliche Formel zu bringen [13]), unter gemeinsamen Gesichtpunkten zu betrachten versucht, so bedeutet das eine gewagte Übernahme von bürgerlichen Rechtsbegriffen ins öffentliche Recht [14]). Sachenrecht ist Herrschaft über körperliche Gegenstände (als Machtverhältnis) unter Gleichgeordneten (als Rechtsverhältnis). Das Sachenrecht ist auf das BGB. beschränkt und ergreift als Sachenherrschaft grundsätzlich keine Personen. Ein öffentliches Sachenrecht ist himmelweit davon entfernt [15]). Die Übernahme bürgerlichrechtlicher Einrichtungen und Vorstellungen ist sehr geläufig, viel mehr, als man ihr infolge der geschichtlichen Entwicklung [16]), also der Vorherrschaft des Privatrechts, eigentlich nachsehen dürfte.

Die andere Möglichkeit, das Verhältnis Wegeeigentümer zu Wegeherr rechtlich zu lösen, führt zu der Annahme der polizeistaatlichen Fiskuslehre, die sogar teilweise ruhig hingenommen wird [17]).

2. Abschnitt. Die öffentlichrechtliche Auffassung (Mayer).

Gerade auf der Ablehnung der Fiskustheorie baute Otto Mayer sein sorgfältig durchdachtes System des öffentlichen Eigentums auf. Für die weitere Entwicklung der Streitfragen um das Eigentum erscheint es mir notwendig, den Kernpunkt herauszugreifen.

Mayer [18]) sieht bezüglich der öffentlichen Sachen die öffentliche Verwaltung und die Sachherrschaft als ein Gebilde an, und zwar ist bereits Besitz und Zweckerhaltung Ausübung öffentlicher Gewalt. Daraus — sagt Mayer — ergebe sich dann die Folgerung eines öffentlichen Eigentums, das nichts anderes sei als ein „öffentlichrechtlich gedachtes Eigentum". Die Erscheinungsformen der öffentlichen Gewalt seien von vielfältiger Form, aber niemals äußere sich diese Gewalt einer Sache gegenüber, diese könne nicht untertan sein [19]). Die Sachbeziehung im bürgerlichen Recht sei keine Rechtsbeziehung, sondern eine Machtbeziehung; diese sei nach außen anderen

13) Vgl. Hofacker, Der logische Aufbau, a. a. O. S. 38.
14) Vgl. Anm. 11 S. 40.
15) Vgl. Hofacker, a. a. O. S. 22.
16) Vgl. Teil I Abschn. 2 (Baseler Schanzenstreit) S. 19 ff., S. 27 ff., § 3, S. 67—69 d. A.
17) Vgl. Hatschek, Lehrb. des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, S. 474 ff.; dazu v. Almsick, Die Rechtsstellung des Privateigentümers von Sachen des Gemeingebrauchs . . . Diss. Münster 1927, S. 4.
18) Vgl. O. Mayer, Deutsches VerwR. 1924. II. Bd. § 35 S. 39 ff.
19) Vgl. den hier zugrunde liegenden römischen Unterschied: dominium — imperium, vgl. S. 45—§ 3 d. A.

Rechtssubjekten gegenüber zu sichern; aus der Gleichordnung ergebe sich die Rechtsordnung des Privatrechts, im öffentlichen Recht aber ergebe sie sich aus der Ungleichartigkeit der Rechtssubjekte. Dies Recht erweise sich als das richtige Recht, denn die Sache solle ihrem Zweck erhalten bleiben! Das rechtliche Schicksal der öffentlichen Sache bestimme sich ganz wie die öffentliche Verwaltung planmäßig von innen heraus; da der Staat nicht nach Untertanenrecht leben könne, sei die Privatrechtsordnung samt ihren Hilfseinrichtungen ausgeschaltet, die öffentliche Sache unterstehe völlig dem öffentlichen Recht. —

3. Abschnitt. Einwendungen gegen die Theorie Mayers.

§ 1.

Keine Fortsetzung der Fiskustheorie in der herrschenden Auffassung (v. Almsick).

An Einwendungen gegen Mayers Lehre hat es nicht gefehlt [20]).

Eine Auseinandersetzung wegen des Wirksamwerdens und Bestehens des Privateigentums während der Dauer eines öffentlichen Wegs (diese gegenständliche Festlegung ist außer den Flüssen am meisten gefunden worden und soll festgehalten werden) ist fruchtlos, da man mit der Auffassung vom Wirksamsein des Eigentums die Fiskuslehre fortsetzt. Immerhin kann man in der neueren Wissenschaft doch noch überraschende Spuren von dieser Lehre auffinden, obgleich sie im neuzeitlichen Rechtsstaat als Kampfmittel zum Recht ihren Platz verloren hat.

So findet man die Ansicht, Mayers Hauptgrund gegen die heute herrschende Auffassung, sie beruhe auf der Fiskuslehre, sei nicht durchschlagend, bei v. Almsick [21]). — Die herrschende Ansicht sieht hiernach nicht, wie die polizeistaatliche Auffassung des 18. Jahrhunderts, den Dualismus von Fiskus und Staat als Träger gesonderter Rechte, sondern die privaten und öffentlichen Rechte nur als Erscheinungsformen ein und desselben Wesens, nämlich der in sich einheitlichen öffentlichen Gewalt. Liegt diesem Argument etwa nicht die

20) Ausführliche Widerlegung dieser Einwendungen bei Schwalbe, Grundfragen des Wasserrechts, Diss. Marburg 1929, S. 39 ff.; Schwalbe sieht das öffentliche Eigentum, ohne dem Sinn der öffentlichen Sache nachzugehen und die Möglichkeit des öffentlichen Eigentums daraus zu prüfen, als gegeben an; nach ihm sind alle dogmatischen Bedenken unzutreffend.

21) Vgl. v. Almsick, a. a. O. S. 4.

Fiskuslehre zugrunde? Man geht wohl nicht fehl, wenn man die Grundauffassung der v. Almsickschen Arbeit auf eine Patenschaft des konsequenten Vertreters der Fiskuslehre, Hatschek[22]), zurückführt. Auch bei v. Almsick bleibt es bei dem alten Dualismus Privateigentum — Wegeherrschaft. Seine Auffassung gründet sich nur auf jene Verschmelzung der Fiskuslehre mit den Gedanken von der einheitlichen Staatspersönlichkeit, die sich etwa mit der Reichsgründung 1870/71 vollzog[23]). Die herrschende Lehre scheint sich mit dieser Wurzeltheorie des preußischen Rechts abfinden zu wollen.

Daß Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen ins öffentliche Recht ausschließlich gehören, ließe sich mit nachfolgender Erwägung dagegen eher halten[24]). Der Privatmann, auch der Staat als solcher, kann niemals obrigkeitliche Macht entfalten; dies bleibt der öffentlichen Verwaltung vorbehalten. Es kann aber nur die öffentliche Gewalt wirksam werden; das zeigt sich daran, wenn Verwaltungsträger und Eigentümer des Weges verschiedene Personen sind[25]). Maßnahmen, zu denen das private Recht nicht ausreicht, gehören aber ins öffentliche Recht. Diese Folgerung muß man dann ebenfalls anwenden, wenn Eigentum und öffentliche Herrschaft sich in einer Hand, der des Staates, vereinigen. Der Staat kann als Eigentümer ebensowenig wie der private Dritte; infolgedessen muß alle Tätigkeit des Staates darüber hinaus kraft öffentlichen Rechts geschehen; der Staat bewegt sich damit auf dem Boden der ungleichartigen Rechtsordnung; öffentliches Recht liegt vor, und zwar ausschließlich. Man kann sich daher nicht zu der privatrechtlichen Auffassung bekennen; selbst der schmale Raum[26]), den man, um schon einmal die herrschende Lehre einzuschränken, allenfalls zugestehen wollte, besteht nicht; das Rechtsverhältnis am öffentlichen Weg gehört ins öffentliche Recht[27]).

§ 2.

Das öffentliche Eigentum und das geltende Recht.

Ein Widerspruch des öffentlichen Eigentums mit dem geltenden Recht ist nicht aufzudecken; alle Bemühungen hierin, wie der Hinweis auf die Wirkung des Art. 55 EGBGB. (Außer-

22) Vgl. auch Giese, Deutsches VerwRecht, 1930, § 13 S. 87 ff.

23) Ebenso Fleiner, a. a. O. S. 38; vgl. dazu Hofacker, VerwArch. Bd. 30 S. 173; desgl. H. Schelcher, a. a. O. S. 385.

24) Vgl. hierzu H. Schelcher, a. a. O. S. 362 ff.

25) Auch Jung, Eigen und Erbe, a. a. O. S. 542.

26) Vgl. Bühler, a. a. O. S. 297.

27) Vgl. W. Jellinek, VerwR. 1931, S. 508.

kraftsetzen privatrechtlicher Vorschriften des Landesrechts durch das BGB.; vgl. auch Mot. III S. 27), oder die von Vielen [28]) eingewandte Regelung des Art. 181 EGBGB., der die Überleitung des alten landesrechtlichen Privateigentums ins BGB. bestimmt, scheitern an der Entgegnung, die Überleitungsbestimmung des Art. 181 EGBGB. erfasse überhaupt nicht die öffentlichen Sachen, die als öffentliches Eigentum dem öffentlichen Recht unterstünden; wollte man den entgegengesetzten Fall behaupten, so würde dies eine Grenzüberschreitung des Privatrechts bedeuten [29]). — Mayer hat den Bedenken aus dem positiven Recht nur geringes Gewicht beigemessen; indessen kann man m. E. ihm gegenüber sehr gut die Auffassung vertreten, daß es sich bei seiner Lehre nicht um die Behauptung eines geltenden Rechts (wie es auch teilweise von der gegnerischen Seite angenommen wurde [30])), mithin also nur um eine Rechtsideologie handelt; denn geltendes Recht konnte und kann die Lehre deswegen nicht sein, weil der Wissenschaft doch die Kraft zur Erzeugung von Rechtsnormen fehlt.

Aus der Fülle der Einwände mag als Beispiel im Zusammenhang mit Art. 181 EGBGB. nur der viel zitierte § 21 II 14 ALR. genannt werden, der von dem gemeinen Eigentum des Staates an Landstraßen wie schiffbaren Flüssen spricht, und durch § 25 II 14 ALR. den Schluß auf das Bestehen reinen Privateigentums (auch heute) an ihnen zuläßt.

Gegen diesen Schluß, den Anschütz [31]) zieht, sind doch gewichtige Bedenken zu erheben, die sich aus den in Teil I Abschnitt 2 [32]) behandelten Eigentumsauffassungen ergeben. Der damalige Begriff deckt sich doch niemals mit dem heutigen. Im II. Teil [33]) wurde überdies die Abhängigkeit des Eigentumsbegriffs von der Kulturordnung gestreift; auch dies ist scheinbar bei Anschütz außer Acht gelassen. — Zugunsten des Schlusses aus den §§ 21, 25 II 14 ALR. über Art. 181 EGBGB. ist zu bemerken, daß sich Anschütz bezüglich der begrifflichen Benennung der Herrschaft über Wege und Flüsse in der Zeit der Landrechtskodifikation im Recht befindet [34]); aber was wurde damals unter Privateigentum verstanden? [35]) Man mag die

---

28) Vgl. dazu Friedrichs, Gruch. Beitr. Bd. 62 S. 464; Biermann, a. a. O. S. 35; Germershausen, a. a. O. S. 90 ff.

29) So Schwalbe, a. a. O. S. 54.

30) So z. B. Friedrichs, Arch. d. öff. Rechts, a. a. O. S. 309; Gruch. Beitr., a. a. O. S. 472.

31) Anschütz, VerwArch. Bd. 5 S. 88; auch Biermann, a. a. O. S. 35; für Anschütz gilt auch der gegen Hübner, S. 23 d. A., erhobene Vorwurf.

32) S. S. 18/19 d. A.

33) S. S. 23 Anm. 3 d. A.

34) Vgl. S. 19 d. A. In Fortsetzung der Leyserschen Schule nahm man ein verbrämtes Privateigentum an.

35) Vgl. S. 19 d. A.

gleichen Bedenken gegen die so glatt erscheinende Überleitung aus den Paragraphen des Landrechts in die Übergangsvorschriften zum BGB. aus zahlreichen Entscheidungen der Gerichte[36]) entnehmen; unter „gemeinem" Eigentum wurde alles andere, nur nicht das Privateigentum im heutigen Sinne verstanden! — Man kann sich hier in dem Streit hin- und herwenden.

Der Streit um das öffentliche Eigentum und das geltende Recht[37]) scheint mir zu ziemlicher dogmatischer Unfruchtbarkeit verurteilt zu sein; durch ihn wird niemals der Kernpunkt aller Unklarheit, nämlich die Möglichkeit der Verschmelzung von öffentlicher Verwaltung und Eigentum gelöst. Die ständigen Behauptungen, das öffentliche Eigentum unterstehe dem öffentlichen Recht, entfallen aber mit dem Hinweis auf die der Wissenschaft mangelnden Kraft der Rechtsnormenerzeugung. Es ist daher zwecklos, alle Einwände nochmals umzuwenden und eine Widerlegung aus dem positiven Recht trotz des Schlusses aus den §§ 21, 25 II 14 ALR. zu versuchen. —

§ 3.

Der Gegensatz imperium — dominium und Mayers Lehre (Hatschek).

Ausführlicher soll der Gegensatz imperium — dominium in bezug auf Mayers Lehre, die einmal als möglich unterstellt werden soll, behandelt werden, weil ihm die so tief greifende Scheidung in privates und öffentliches Recht zugrunde liegt. In der Wissenschaft ist dieser Gegensatz als Prüfstein der Zugehörigkeit zu beiden Rechtssphären geläufig; dominium — die privatrechtliche Sachherrschaft, imperium — die öffentlichrechtliche Personenherrschaft. Die herrschende Lehre[38]) versteht unter der Rechtsbeziehung imperium ein rein persönliches Band zwischen Staat und Untertan. Hatschek[39]) erhebt gegen die Mayersche Lehre nun den Vorwurf, sie übersehe den gekennzeichneten Gegensatz, eine Sache könne kein Untertan sein. Diesen Einwand kann man von zwei Seiten angreifen: von der Gültigkeit des Begriffes imperium wie des Begriffes dominium. Beide sind wohl unzureichend und anfechtbar.

Lassar[40]) beweist in seinen Grundbegriffen des preußischen Wegerechts die unzutreffende, zu enge Umgrenzung des

---

36) Entscheidungen: RG. Bd. 3 S. 232; Bd. 4 S. 259; Bd. 28 S. 210; Bd. 32 S. 238; Bd. 35 S. 237; Bd. 71 S. 65; Gruch Beitr. Bd. 52 S. 1216; Entscheidungen KG. Bd. 35 S. 246; Bd. 42 S. 175.

37) Vgl. Schwalbe, a. a. O.; vgl. Anm. 20 S. 42 d. A.; gegen Schwalbe ist der Einwand S. 44 (Anm. 30) ebenfalls zu erheben.

38) Vgl. statt vieler Fleiner, a. a. O. S. 149, 150.

39) Hatschek, a. a. O. S. 474.

40) Lassar, Grundbegriffe des preuß. Wegerechts, 1919, S. 11 ff.

Begriffes imperium. Das rein persönliche Band dieses Begriffs erkennt Lassar als ein personen- oder schuldrechtliches Band; in eingehender Weise beweist er aber gleicher Zeit, daß das Recht auch dingliche Rechtsbeziehungen öffentlich-rechtlicher Art kennt[41]). Diese Tatsache fordert die Einbeziehung dinglicher Wirkung in die zu enge Definition der herrschenden Lehre. Es wäre irrig, nunmehr die Zerstörung des Begriffs anzunehmen; das imperium ist immer noch die Summe der Beziehungen zwischen Staat und Untertan. Rechtsbeziehungen können grundsätzlich nur zwischen Personen erwachsen. Das dingliche Recht ist eine extern, nicht intern gesehene Schutzwirkung (vgl. S. 41 d. A.). Der Ausdruck Sachherrschaft (vgl. nachherige Kritik des Begriffes dominium) ist lediglich eine abkürzende Bezeichnung, so wie man sie täglich verwendet. Den Ausführungen Lassars[42]) liegt die Vorstellung der Scheidung von Schuld- und Sachenrecht des BGB. zugrunde. Diese Begriffe sind zwar grundlegend im Privatrecht ausgebildet worden. Lassar sieht die dogmatische Verwendbarkeit im öffentlichen Recht aber als gegeben an. Ich kann mich zur glatten Herübernahme solcher bürgerlichen Rechtsbegriffe nicht verstehen (vgl. S. 41 d. A.)[43]), komme aber (nach W. Jellinek) zu einem Ergebnis, das wie das Lassars lautet: nämlich, daß das Verwaltungsrechtsverhältnis „die rechtliche Beziehung der Verwaltung zu gewaltunterworfenen Personen oder Sachen ist“[44]). Dieses Ergebnis ist aber nur die gemeinsame Definition völlig verschiedenen Sinnes! Lassar beweist aus der Dogmatik des bürgerlichen Rechts, daß das imperium nicht formal zu fassen sei, daß es gegen jedermann wirke (c/a Fleiner). Die Definition läßt aber auch eine rechtliche Sachwirkung möglich erscheinen! Es ist auch wohl so im öffentlichen Recht! Das bürgerliche Recht kennt nur eine Sachwirkung als Machtbeziehung (anders h. M.), das öffentliche Recht dagegen kennt auch eine Sachwirkung als Rechtsbeziehung[45]). Daß der gegen jedermann wirkende Begriff imperium tatsächlich Sachen erfaßt, will Lassar nicht behauptet haben; so aber versteht man seine Definition. Es besteht eine grundsätzliche Trennung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsbegriffen[46]); dies übersieht Lassar.

Ich könnte der oben gegebenen Definition nur mit W. Jellinek dem Wortlaut nach zustimmen; diese aber dürfte

---

41) Lassar, a. a. O. S. 8—11.

42) Lassar, a. a. O. S. 13.

43) Vgl. dazu die Übernahme des Sachenbegriffs aus § 90 BGB. ins öffentliche Recht, S. 66 ff. d. A.

44) Lassar, a. a. O. S. 13.

45) Vgl. die Ausführungen W. Jellineks, a. a. O. S. 508; vgl. S. 47 Anm. 51 d. A.

46) Vgl. Anm. 43 oben.

auch dem Sinn richtunggebend sein. Eine Widerlegung wäre aus dem Begriff des Staates und der Staatshoheit zu erwägen [47]) Wenn der Staat zwecks Anlegung eines öffentlichen Weges ein privates Grundstück beansprucht [48]) und dem Verkehr widmet, so fallen damit alle bürgerlichen Rechtsbeziehungen nach außen und von außen ab [49]). Dieser Vorgang hat öffentlich-rechtliche Wirkung; er zeigt die Folge der hoheitlichen Macht des Staates in persönlicher Beziehung zum Untertan. Eine hoheitliche Beziehung aber läge auch vor, wenn der Staat selbst Eigentümer des Wegegrundstücks wäre und der Weg besteht; auch dann gibt es nach außen und von außen keine bürgerlichrechtlichen Befugnisse. Der Staat übt hoheitliche Macht an der Sache. Eine andere Beurteilung würde sich als Verkennung der hoheitlichen Ausdehnung des Staates darstellen. Denn was ist diese Herrschaft des Staates anderes als eine „durch kein gegenüber stehendes Privatrecht gehemmte Gebietshoheit"? (Jellinek) [50]).

Diese Beweisführung scheint nur insoweit zuzutreffen, als es sich um ein Wirksamwerden bürgerlichrechtlicher Beziehungen handelt. Es ist daher wohl als möglich anzusehen, daß z. B. der Staat an einem Festungsgebäude ein dingliches Vorkaufsrecht bestellt. Dies Zugeständnis ändert aber nichts an der Mangelhaftigkeit des Begriffes imperium, der sich nach Jellinek auch gegen Sachen zu richten vermag [51]).

Über die Geltung des Begriffes dominium kann man in tiefe Zweifel geraten. Die herrschende Lehre zerlegt das Eigentum nach § 903 BGB. in das Nach-Belieben-Verfahren (Sachbeziehung) und in die Ausschließungs- bzw. Verfügungsbefugnis (Personenbeziehung). Beide Beziehungen aber stellen nach herrschender Lehre Rechtsbeziehungen dar. So bestimmt der Kommentar der Reichsgerichtsräte [52]) das Eigentum als „die ausschließliche rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache". Wolff [53]) z. B. nennt das Eigentum „das umfassendste Herrschaftsrecht, das man an einer Sache haben kann". Nach diesen

---

47) Es gilt das Wesen des Staates zu erkennen. Der Staat erscheint nicht denkmäßig geschaffen und nicht von dem ihm zuerkannten Teil an Eigenleben durch eine zahlenmäßig bestimmte Menschenmenge abhängig, die sich sozusagen durch Beschränkung ihres Lebens seine Existenz abringt. Der Staat ist nicht Folge des Schaffens der Menschen, sondern Folge ihres Seins. Das Sein aber steht vor dem Schaffen; deswegen kann der Staat nicht als denkmäßig abhängig von einer Summe Individualzuerkenntnis angesehen werden — Vgl. dazu Anm. 102 S. 57 d. A.

48) Denkbar vermöge einer öffentlichrechtlichen Grunddienstbarkeit im Sinne Mayers.

49) Vgl. bereits S. 43 d. A.

50) Vgl. Jellinek, a. a. O. S. 508.

51) So die zitierte Gedankenführung W. Jellineks in Richtung auf Mayers Lehre.

52) Vgl. RGR. Kommentar III. Bd. 1928, 6. Aufl. § 903 S. 184 ff.

53) Vgl. Wolff, Sachenrecht, 9. Bearb. 1932 S. 154; auch Friedrichs, Gruch. Beitr. Bd. 62 S. 468.

Definitionen kann man m. E. zu keiner anderen Auffassung kommen, als eben der, daß die Sachbeziehung als ein gegenwärtiges, die Personenbeziehung als ein zukünftiges Rechtsverhältnis aufgefaßt wird; bezüglich der Personenbeziehung allerdings besser gesagt: möglicherweise zukünftiges, denn es bedeutet überflüssige Phantastik [54]), von einer Wirkung des Eigentums gegen alle Menschen zu sprechen. Im Gegenteil, nach Jung [55]) ist das beste Eigentum dasjenige, das noch keinen Anspruch geboren hat. Im ungestörten Genuß der Sache hat der Eigentümer keinerlei Ansprüche; diese entstehen vielleicht zukünftig bei Zusammenstößen; deswegen ist das Eigentum nicht als Summe von Ansprüchen anzusehen. Bei einer Summe von Ansprüchen aber pflegt man von Rechtsverhältnissen zu reden. Das Eigentum kann aus den vorgezeichneten Gedanken nicht als Rechtsverhältnis aufgefaßt werden. Da nun ein Rechtsverhältnis zwischen Personen fehlt, konstruiert man ein solches zur Sache.

Bei der Behandlung des Begriffes imperium wurde bereits gesagt, daß Rechte grundsätzlich nur zwischen Menschen möglich sind; es wurde bei der Behandlung des gesetzlichen Eigentumsbegriffs (S. 28, 29, 41 d. A.) darauf hingewiesen, daß das Sachenrecht sich als eine Herrschaft, aber keine Herrschaft als Rechtsbeziehung zur Sache, sondern als Machtbeziehung darstellt. Dies erhellt aus dem nachfolgenden Beispiel. Wenn ich körperlich nicht imstande bin, ein Buch vom Stuhl auf den Tisch zu legen, wie soll dann ein Recht dies Buch nach oben bewegen? Dazu verhilft mir keine rechtliche Einrichtung! Wollte man diese Beziehung zu dem zu bewegenden Buch aber eine Rechtsbeziehung nennen, so wäre dieses Recht nicht mit Zwangsmacht ausgestattet; nach herrschender Lehre aber ist gerade die Zwangsmacht Kennzeichen des Rechts. Hiernach kann das Recht grundsätzlich erst bei dem Menschen, nicht schon bei der Sache beginnen [56]). Die Fassung des Eigentums durch die herrschende Lehre kann also nicht anerkannt werden; das Eigentum (des BGB.) läßt sich rechtlich nur bestimmen als die mögliche Rechtsbeziehung zwischen zwei Gleichgeordneten in der Zukunft. Die gleiche Definition würde für Mayers öffentliches Eigentum gelten können, nur daß diese Rechtsbeziehung die Ungleichartigkeit der Beteiligten bedingt. Es ergibt sich aber aus den hier entwickelten Gedanken die Unzulänglichkeit des Begriffs „dominium". —

Man mag mit Recht die zweite Beweisführung gegenüber der bei dem Begriff imperium als die haltbarere ansehen; immerhin wird auch allein durch sie der Einwand Hatscheks,

54) Vgl. Leonhard, a. a. O. S. 13.
55) Vgl. Jung, Eigen und Erbe, a. a. O. S. 533.
56) So auch Mayer, a. a. O. S. 40.

Mayers Lehre übersehe den Gegensatz dominium — imperium, entkräftet und eine Widerlegung Mayers nicht erreicht.

§ 4.

Inhalt und Grenzen des öffentlichen Eigentums. (H. Schelcher)

Auf den ersten Blick vielleicht läßt sich haltbar beweisen, daß alle Bedenken gegen die Lehre vom öffentlichen Eigentum der Berechtigung entbehren[57]). Doch führen die Bemühungen nicht zum Kern der ungelösten Fragen.

Man findet bei einem so rückhaltlosen Anhänger Mayers wie H. Schelcher[58]) ein Herantasten an die Kernfrage der Verschmelzung von öffentlicher Verwaltung und Eigentum.

Vom privatrechtlichen Standpunkt aus ist man gewohnt, den Begriff Eigentum fest umgrenzt zu wissen; das Gesetz gibt ja den Rückhalt dazu. Ganz anders aber wird sich die Frage beim öffentlichen Eigentum gestalten[59]). Wo liegen die Grenzen, was ist der Inhalt des öffentlichen Eigentums? Vielleicht liegt der Widerstand gegen das öffentliche Eigentum zum Teil darin, daß schlechthin ungewohnte Denkformen notwendig sind, um es erfassen zu können. Inhalt und Grenzen sind wohl festzustellen.

H. Schelcher[60]) erkennt bei Gegenüberstellung des privatrechtlichen mit dem öffentlichen Eigentum einen tief greifenden Unterschied. Das bürgerlichrechtliche Eigentum gibt grundsätzlich Befugnisse, das öffentlichrechtliche Eigentum dagegen enthält seinem Wesen nach als Ausfluß der Verwaltung nur Pflicht. Der Privateigentümer, so folgert Schelcher, kann grundsätzlich nach Willkür handeln, die Handhabung des öffentlichen Eigentums geschieht allein nach Ermessen. Den Inhalt des öffentlichen Eigentums stellt also jene Pflichtherrschaft dar, ihre Grenzen werden durch die Ermessensfrage gefunden, diese aber ist wiederum abhängig von dem öffentlichen Interesse. Was das öffentliche Interesse eigentlich ist, wird gesetzesmäßig schwer zu erfassen sein[61]). Es läßt sich umschreiben als die Summe der aus dem Sozialleben jeweils erwachsenden, staatlicherseits zu berücksichtigenden Aufgaben.

Schelcher sieht in der Berücksichtigung des öffentlichen Interesses die durch pflichtgemäße, verwaltungs-

57) So Schwalbe, a. a. O.
58) H. Schelcher, Fischers Zeitschr. Bd. 48 S. 388.
59) Dabei ist das Argument von der Rechtsideologie (S. 44 d. A.) außer Acht zu lassen.
60) Vgl. H. Schelcher, a. a. O.
61) Vgl. H. Schelcher a. a. O. S. 396; Fleiner a. a. O. S. 143 Anm. 3.

mäßige Gebundenheit versuchte Erfassung öffentlicher Bedürfnisse. Gegen die Gleichsetzung des öffentlichen Eigentums mit der Pflichtherrschaft durch Schelcher wendet sich Friedrichs[62]; diese sei nicht das öffentliche Eigentum im Sinne Mayers. Ich kann Friedrichs darin beipflichten, daß Mayer von Pflichtigkeit nicht spricht. Merkwürdig mag indessen erscheinen, daß Mayer[63] gerade diese Erwägungen Schelchers über die Pflichtigkeit im Inhalt des öffentlichen Eigentums für wertvoll erachtet. — Es mag bezweifelt werden, ob man jene Herrschaft Pflichtherrschaft nennen solle; das wird auch Friedrichs meinen. Man kann das öffentliche Interesse eher als die Summe der staatlicherseits zu beachtenden Aufgaben, denn Pflichten bezeichnen. Dies richtet sich aber ganz nach der Auffassung von dem Wesen und von den Aufgaben des Staates[64]. Die Grenzen des öffentlichen Eigentums werden je nach den abweichenden Staatsauffassungen in der Pflicht oder Aufgabe zur Erreichung des höchstmöglichen Gemeinwohls gefunden. Diese Herrschaft bedeutet aber dann Ausübung der Staatshoheit. Gleicher Auffassung ist Peters[65], der mit denselben Worten diese Erscheinung kennzeichnet, aber den Eigentumsbegriff in diesem In-Erscheinung-Treten der Staatshoheit beibehält. Mit dieser Feststellung wird der Satz G. Jellineks[66] verständlich, es gebe kein öffentliches Eigentum, dies sei seinem inneren Wesen nach etwas ganz anderes als das Privateigentum. Eine Anerkennung der Richtigkeit dieses Satzes ist vom Standpunkt der Eigentumsbetrachtung nach dem BGB. nicht zu umgehen. Indessen folgt hieraus nicht zwingend, daß das öffentliche Eigentum nicht bestehe[67]; der Inhalt könnte ja anders sein; er könnte als lebendige Staatshoheit bezeichnet werden. Diese Auffassung würde sich von der Mayers im öffentlichen Sachenrecht erheblich entfernen, sie würde sich aber auf Grund der Untersuchungen Schelchers nicht umgehen lassen. Das Ergebnis will wegen der Schwankungen im Begriff nicht befriedigen.

Immerhin mag an dem von H. Schelcher selbst nicht so gewollten Gegensatz zu Mayer festgehalten werden, daß sein öffentliches Eigentum einen anderen Inhalt als das Mayers besitzt. In die übernommene Denkform wird eine gegen-

---

62) Friedrichs, Arch. öff. Rechts a. a. O. S. 313.

63) Mayer, Neues vom öffentlichen Eigentum, Arch. öff. Rechts, Bd. 39 S. 77 ff. in den Schlußbemerkungen über die Anerkennung seiner Lehre von anderer Seite.

64) Vgl. den 1. Abschnitt im I. Teil S. 6 d. A. Für die rechtliche Einordnung der öffentlichen Sachen im römischen Recht ist die Wandlung der Staatsauffassung maßgeblich geworden; vgl. auch S. 65, 69 d. A.

65) Peters, Verw. Arch. Bd. 24 S. 167 ff. (170).

66) G. Jellinek, Allgem. Staatslehre, 3. Aufl. 1920, S. 399.

67) So Friedrichs a. a. O. S. 285.

sätzliche Vorstellung gegeben. Diese Inhaltsänderung hat logischerweise eine Begriffsänderung im Gefolge. Einen besonderen Hinweis verdient die Tatsache, daß Mayer[68]) selbst diese Inhaltsänderung gutheißt, m. a. W. einen Zwiespalt im Begriff duldet[69]).

§ 5.

Die Lehre Hofackers.

Einen interessanten Ablehnungsversuch der Mayerschen Lehre findet man in der Nachkriegszeit bei Hofacker[70]), der den von Schelcher gefundenen Gegensatz noch verschärft. Während Schelcher[71]) sagt, man solle sich von der traditionell belastenden Vorstellung freimachen, daß Eigentum nur eine Erscheinungsform des Privatrechts sei, damit also das Eigentum im öffentlichen Eigentum trotz des verschiedenen Inhaltes festhält, trennt Hofacker die öffentlichen Sachen ohne weiteres vom Eigentum.

Fußend auf dem BGB. als Ausgangspunkt, schält er als das Grundmerkmal aller bürgerlichen Rechtssachen „den anderen" heraus[72]); daß eine solche Erkenntnis von weittragender Bedeutung ist, ergibt sich daraus, daß dieser andere der alter, aber auch der alius sein kann. Das Reichsgericht hat sich in einer ähnlichen Frage[73]) dahin entscheiden müssen, daß im § 263 StrGB. der andere ein bestimmter sein müsse; bei genauer Prüfung des BGB. ergibt sich, daß der andere unter zweien (der alter) gemeint ist, wohingegen der alius den anderen unter vielen, das Merkmal des Verwaltungsrechts, darstellt. Es wurde gesagt[74]), daß dieser alter aber auch dem Eigentum des BGB. begrifflich zugrunde liege.

Hofacker weist weiter darauf hin, daß alle im BGB. gebrauchten Begriffe nicht absolut, sondern relativ zu verstehen seien (so z. B. die Rechtsfähigkeit im § 1 BGB.)[75]). Eine Erläuterung dieser Rechtsbegriffe finde sich im BGB. nicht, es sei auch

---

68) Vgl. Mayer Anm. 63 S. 50 d. A.

69) Vgl. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II. Bd. 1924 S. 39 ff.; dort spricht Mayer von einem öffentlichrechtlich gedachten Eigentum; die Identität wird also betont. Wie käme Mayer sonst zu dem Satz, der zum Ausgang der Arbeit genommen wurde?

70) Hofacker, Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, 1919, S. 102 ff.; desgl.: Der logische Aufbau des deutschen Rechts, 1924; desgl. Verwaltungs-Archiv Bd. 30 S. 161 ff.

71) Vgl. H. Schelcher a. a. O. S. 379.

72) Vgl. S. 28 d. A.

73) Vgl. RGStr. Bd. 53 S. 331, 332; auch JW. 1924 S. 58.

74) Vgl. S. 28 d. A.

75) Vgl. Hofacker, Der logische Aufbau a. a. O. S. 12

nicht dessen Zweck; bei der der Wissenschaft obliegenden Erläuterung sei aber die große Gefahr der Verselbständigung von Begriffen gegeben.

Die Untersuchung Hofackers mit dieser zu beweisenden Behauptung geht auf das Eigentum über; Hofacker stellt fest, daß das Eigentum (dessen Regelung im BGB m. E. nur den weitaus kleineren Teil seines Wesens ausmacht) das Merkmal des anderen trägt[76]); hieraus folgt für ihn, daß es niemals der Staatshoheit gegenüber wirksam werden kann! „Durch hoheitliche Einwirkungen wird es also begrifflich gar nicht erfaßt, Eigentum und öffentliche Verwaltung laufen nebeneinander“[77]). Alle Einwirkungen seitens der Staatshoheit werden auf Grund dieses Schlusses zu Einwirkungen tatsächlicher Art!

Als Grund der andersartigen Auffassung der herrschenden Lehre stellt Hofacker fest, daß das Merkmal des „anderen“ bei der Erläuterung des Eigentumsbegriffes abgestoßen werde, damit aber der Überspannung des Eigentumsbegriffes bis zum absoluten Eigentum[78]) Tür und Tor geöffnet sei. So würde das Eigentum zu einer Herrschaft, die allen Mächten der Welt zu trotzen imstande sei.

Die tiefere Ursache dieses Vorganges findet man in dem von Vaihinger[79]) aufgedeckten allgemein menschlichen Fehler der Verselbständigung aller Begriffe[80]).

Die herrschende Lehre hat nach Hofacker diese von ihm gefundene Wirkung des Eigentums aus dem BGB. nirgendwo festgestellt; auch die Kommentare[81]) zum BGB., die Hofacker außerdem untersucht, schweigen sich hierüber aus; nur schimmert überall die verselbständigte Eigentumsauffassung durch. Die Systematik des öffentlichen Rechts[82]) aber geht nach Hofacker auf die Eigentumsfrage überhaupt nicht ein. Der Schluß deswegen, daß die herrschende Lehre bei der Erfassung der öffentlichen Sachen nur vom Eigentum, nämlich dem verselbständigten Eigentum, ausarbeite und z. B. das Wegerecht daher als Teil des Zivilrechts einbeziehe, scheint zuzutreffen. In der Tat findet man als Ausgangspunkt geradezu

---

76) Vgl. S. 28 d. A.

77) Hofacker, Der logische Aufbau a. a. O. S. 15, 16.

78) Vgl. Art. 9 der preuß. Verfassung.

79) Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, 1911, 1. Aufl. S. 383 ff. (386, 389—391).

80) Den Ausführungen Dernburgs (Die Phantasie im Rechte, 2. Aufl. 1894) ist daher nur mit Vorbehalt zuzustimmen. Vgl. S. 9 Anm. 17, S. 54 Anm. 86 d. A.

81) Staudinger 5./6. Aufl. 1910, Sachenrecht, S. 215, 220; genau so noch 9. Aufl. 1926; Planck, 4. Aufl. Sachenrecht, 1920, Bd. III, S. 259; RGRKomm. 3. Aufl. Sachenrecht, 1921, S. 164; vgl. auch v. Philippovich a. a. O. S. 99 ff.

82) Vgl. Hofacker, Die Staatsverwaltung . . . . a. a. O. S. 107

immer, wenn auch auch nur gedanklich[83]), das Eigentum des BGB.

Auf diesr Grundlage ist Hofacker m. E. darin Recht zu geben, daß die Annahme eines Privateigentums des Staates z. B. an Wasserläufen erster Ordnung unsinnig ist, vgl. §§ 7, 8 des preuß. Wassergesetzes von 1913. In diesem Gesetz herrscht keineswegs die von v. Almsick[84]) gerühmte „erfreuliche Klarheit". Wie erklärt man denn das Fehlen der dem Staat zukommenden Nutzung? Sie wird ihm eben entzogen und der Allgemeinheit zugesprochen. Der Gemeingebrauch bzw. der Sondergebrauch wird als auf dem Eigentum lastende Beschränkung angesehen! Dabei wird, wissentlich oder unwissentlich, vergessen, daß diese „Beschränkungen" eigene Zwecke des Staates sind, die von ihm slbst abhängen. — Man kommt eben nicht von dem Bilde des mit Dienstbarkeiten belasteten Privateigentums los. „Erfreuliche Klarheit" kann man diese Verwirrung nur schlecht nennen.

Das Ergebnis der Untersuchungen Hofackers soll nochmals wegen der letzen Endes wichtigen Weiterverweisung auf die Grundvorstellungen in Mayers Lehre zusammengefaßt werden:

1. Durch Verselbständigung (Hypostase) wird aus dem Eigentum des BGB. das grundwichtige Merkmal „der andere" fallen gelassen, und der Entstehung des absoluten Eigentums der Weg bereitet; dies absolute Eigentum wird die dauernde Grundlage wissenschaftlicher Forschungen. Es gilt, das Merkmal „der andere" zu beachten! —
2. Die Folge aus der alleinigen Wirkung unter Gleichgeordneten (dem anderen) ist, daß das Eigentum durch hoheitliche Einwirkung gar nicht erfaßt wird.
3. Die Folge aus Punkt 1) und 2) ist die Andersartigkeit von Eigentum und Staatshoheit (öffentliche Verwaltung), damit auch die völlige Verlegung der öffentlichen Sachen ins öffentliche Recht. Die Rechtsnatur der öffentlichen Sachen wird als Ausfluß der lebendigen Staatshoheit, als Ausübung der öffentlichen Verwaltung[85]) angesehen.

83) So Friedrichs, Gruch. Beitr. Bd. 62 S. 468; im Baseler Schanzenstreit ging man naturgemäß vom Eigentum, nicht vom Gegenpol, dem Staat aus; ebenso wie Friedrichs Meyn, Leipz. Ztschr. für Deutsches Recht, 12. Jahrg. 1918, S. 959.

84) Vgl. van Almsick a. a. O. S. 28, 29.

85) So Hofacker, Staatsverwaltung . . . a. a. O. S. 120 ff.; Wegehoheit, Wasserhoheit wird die Herrschaft des Staates genannt; ebenso betont Hofacker die Grundverschiedenheit von privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Herrschaft bei einer Kritik an Mayers Lehre am Schluß seiner Ausführungen über das Eigentum. — Vgl. das Ergebnis der Entwicklung der öffentlichen Sachen im römischen Recht, das kein Privateigentum daran kannte. S. 11 d. A. Vgl. zu dem Hoheitsrecht die Auffassungen des Donellus S. 16, v. Kellers S. 19, v. Jherings S. 19/20 d. A.

4. Bei der geforderten Eindämmung des Eigentums und Erkenntnis des Merkmals: der andere besteht keine Notwendigkeit eines allseitig durchdachten Systems des öffentlichen Eigentums, dessen Name allein gefährliche Vorstellung ins öffentliche Recht übernimmt.

Die Schlußfolgerungen wirken im ersten Augenblick bestechend; vor allem schlummert in Punkt 3) m. E. das Empfinden, daß das Eigentum des BGB. und die Herrschaft der öffentlichen Verwaltung nicht zueinander passen. —

Daß die Beobachtung der Verselbständigung aufs tiefste berechtigt ist, mag allein eine menschliche Eigenschaft dartun. Unsere Altvorderen verehrten unter Symbolen Naturgewalten, später verloren sie aber den Sinn der Verehrung und beteten das Bild an, zu dem sie eigengedachte, persönliche Vorstellungen hintrugen [86]), ein Vorgang, der sich gerade unbeobachtet zu allen Zeiten wiederholt.

Die Verselbständigung im Eigentumsbegriff will mir durchaus richtig erfühlt erscheinen; man ziehe einmal den Baseler Schanzenstreit zum Vergleich heran, überall wird das Eigentum als Ausgangspunkt der Untersuchungen angesehen [87]); auf Grund der Überschätzung des Eigentums hat wohl auch das Reichsgericht die Anliegerservitut erfunden [88]), zum Schutze der Anlieger bei Straßenveränderungen. Weiterhin: Lassar [89]) behauptet, daß mit der Einsetzung des § 90 BGB. als „begriffsentwickelnde" Norm in den § 903 BGB. erwiesen sei, daß alle Sachen in bürgerlichem Eigentum stünden. Durch die durchaus mögliche Einsetzung des § 90 BGB. würde § 903 BGB. lauten: Der Eigentümer eines körperlichen Gegenstandes kann, soweit nicht . . . , mit dem körperlichen Gegenstande nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Schluß, den Lassar hieraus zieht, ist unzutreffend, denn wo sollten die herrenlosen Sachen untergebracht werden. Er gemahnt an den Trugschluß: Der Vogel hat zwei Beine, Du hast zwei Beine, folglich bist Du ein Vogel. Überdies würde der Schluß an der Behauptung scheitern, öffentliche Sachen gehörten ins öffentliche Recht. Der Einwand der Grenzüberschreitung (S. 44 d. A.) wäre gerechtfertigt.

Dies klassische Beispiel übersteigerter Eigentumsauffassung bei Lassar mag für die Richtigkeit der Hofacker-

---

86) Vgl. Dernburg a. a. O. Dernburg sieht die Phantasie als die treibende Kraft im Recht an; seine Ausführungen dürften aber, da sie speziell seine eigene Anschauung sind, nicht zu verallgemeinern sein.

87) Vgl. S. 19 ff. d. A.; vgl. die römische Entwicklung der öffentl. Sachen, die nichts weiter als die Wandlung der Staatsauffassung war; im Schanzenstreit geht die romanistische Lehre fortwährend vom verkehrten Ende, allein dem Eigentum, aus.

88) Vgl. Dreyer, Verw. Arch. Bd. 17 S. 230, 236, 239, 260, 261.

89) Lassar a. a. O. S. 32.

schen Beobachtung von dem Ausgangspunkt aller Untersuchungen sprechen. —

Bezweifelt muß dagegen werden, daß es sich bei den hoheitlichen Einwirkungen auf das Eigentum um solche tatsächlicher Art handelt. Dieser fundamentale Fehlschluß, der die ganze Lehre ins Schwanken bringt, leitet sich aus dem vorher bei anderen aufgedeckten Fehler der Verselbständigung von Begriffen bei Hofacker selbst her!

Ausdrücklich stellt Hofacker fest, daß alle Begriffe des BGB. auf dies beschränkt, also relativ zu nehmen seien [90]), auch das Eigentum, nämlich als die Regelung des Kampfes unter Zweien. Durch Verselbständigung setzt Hofacker diese Beschränkung auf die Streitregelung um das Eigentum unter Zweien [91]) dem Eigentum als Kultureinrichtung gleich [92]). Dies dürfte niemals zutreffen. Es ist Hofacker glatt zuzugeben, daß hoheitliche Einwirkungen nicht in die Streitregelung unter Zweien um das Eigentum eingreifen; aber darum ist doch diese Regelung nicht das Eigentum selbst [93])! Erklärlicherweise knüpfen sich an diese verfehlte Gleichsetzung weitere Fehlschlüsse, so z. B. daß das Eigentum niemals der Staatshoheit gegenüber wirksam werden könne, daß Eigentum und öffentliche Verwaltung nebeneinanderliefen.

Daß die herrschende Lehre anders als Hofacker denkt, ist aus der Vermeidung dieses Irrtums verständlich; wie sollten auch sonst wohl die Deichlast, die öffentlichrechtliche Hypothek, die öffentlichrechtliche Grundstückshaftung (für Grundsteuern), die Auferlegung der Rayonbeschränkung und anderes mehr ihre Erklärung finden? Sie können doch nicht nur die Möglichkeit zu Einwirkungen tatsächlicher Art geben. Das Eigentum ist also nicht der Streitregelung des BGB. gleichzusetzen; es bestehen auch rechtliche Wirkungen von der Staatshoheit gegen das Eigentum und umgekehrt. Es erscheint auch geradezu als der Sinn und Zweck der grundrechtlichen Vorschriften über das Eigentum, dieses auch der Staatshoheit gegenüber wirksam zu machen; dies gilt auch von Art. 153 RV., wenn auch dessen Tragweite im einzelnen bestritten ist.

Verständlich wird allerdings der Satz Hofackers, daß öffentliche Verwaltung und Eigentum nebeneinander herliefen; an anderer Stelle [94]) betont Hofacker, daß die privatrechtliche und die hoheitliche Herrschaft über Sachen grundverschiedener

---

90) Vgl. Hofacker, Der logische Aufbau a. a. O. S. 12.

91) Vg. S. 28, Anm. 45, S. 29 — 3. Abschnitt; vgl. die gegen die h. M. gehende Eigentumsdefinition S. 48 d. A.

92) Vgl. Anm. 91 oben.

93) Dem Sinne nach ebenso Hedemann a. a. O. S. 19 § 3; die Regelung des Eigentums im bürgerlichen Recht ist nicht dem Eigentum gleichzusetzen.

94) Bei der Kritik der Mayerschen Lehre vgl. Anm. 85 S. 53 d. A.

Natur sind[95]). Ein Zusammenschluß beider Herrschaften an öffentlichen Sachen kann ja nach Hofackers grundlegendem Fehlschluß von der Wirkung des Eigentums nur unter Zweien nicht vorkommen.

Im Grunde erscheint an den Ausführungen folgendes zu befriedigen: Einmal die notwendige Rückschränkung des Eigentums, dann aber die völlige Einordnung der öffentlichen Sachen ins öffentliche Recht, eine Bestrebung, die sich im Empfinden wie die Mayers gegen die Fiskuslehre richtet. Klar drückt sich Hofacker allerdings nicht aus, welcher Natur dies von ihm dem Staat zuerkannte Recht an öffentlichen Sachen sei. Wollte man von dem Fehlschluß des Nebeneinander- und nicht Gegeneinandergehens von Eigentum und öffentlicher Verwaltung indessen einmal absehen, so ist doch eine „Wege- oder Wasserhoheit" (Hofacker) als Rechtsgrundlage der öffentlichen Sachen nicht denkbar. Die nachfolgenden Argumente, die Wappäus[96]) und nach ihm Hirsekorn[97]) gegen das von Keller im Baseler Schanzenstreit behauptete Hoheitsrecht des Staates an öffentlichen Sachen vorbrachte, sind so lange auch hier durchschlagend, als die tatsächliche Herrschaft des Staates in Verbindung mit den aus den Worten Wegehoheit, Wasserhoheit[98]) sprechenden Vorstellungen von dem hoheitlichen Recht des Staates an Gemeingebrauchssachen gebracht wird. Wenn nach Hofacker an öffentlichen Sachen kein Eigentum als Herrschaftsrecht möglich ist, so trifft dies auch für solche Sachen im Besitz von Land- und Stadtgemeinden zu; man ist aber dann genötigt, den Stadt- und Landgemeinden jene Wege- oder Wasserhoheit als Herrschaftsrecht zuzuerkennen; dies Hoheitsrecht wäre dem des Staates gleich; es würde dies die Folgerung eines Staates im Staate nach sich ziehen müssen (so Wappäus c/a Keller). Auch auf diese Weise ließe sich gegen die Wege- und Wasserhoheit angehen, wollte man die Wurzel allen Übels, den Fehlschluß über die Wirkung des Eigentums und den daraus folgenden Irrtum von dem Nebeneinanderlaufen der öffentlichen Verwaltung und des Eigentums außer Acht lassen.

Im Grunde genommen scheint man bezüglich der Lehre Mayers so weit wie vorher zu sein. Die Einordnung der öffentlichen Sachen ins öffentliche Recht bleibt die dem Empfinden wünschenswerte Regelung. Als richtig erwiesen hat sich allein die notwendige Rückschränkung des Eigentumsbegriffes.

---

95) Zugrunde liegt der Unterschied imperium — dominium, nur abgewandelt durch den Fehlschluß von der Wirkung des Eigentums.

96) Vgl. Wappäus a. a. O. S. 95, 96.

97) Vgl. Hirsekorn a. a. O. S. 11.

98) Vgl. Hofacker, Die Staatsverwaltung . . . a. a. O. S. 120 ff. unter b).

§ 6.

Keine Verschmelzung von Eigentum und öffentlicher Verwaltung.

Das tieferliegende Problem der Verselbständigung von Begriffen, hier des Eigentums, bietet sich indessen als Handhabe der weiteren Untersuchung dar. Auch Mayers Empfinden war m. E. von jener Allwirksamkeit des Eigentums erfüllt, und unter diesen Vorstellungen wurde das öffentliche Eigentum aufgebaut[99]; hier ist eine Anknüpfung an den Ausgangspunkt der Abhandlung unerläßlich. Mayer sagt noch in der zweiten Auflage: „Wer öffentliches Eigentum für kein Eigentum ansieht, muß die Widmung als einen Fall des Eigentumsverlustes ansehen — was allerdings sehr schief gedacht wäre."

Durch Verselbständigung wird das Eigentum hier ausschließlich als der Nutzen angesehen[100], eine Schlußfolgerung, die der kritisierende Nachsatz sofort widerruft; und doch liegt der Eigentumsvorstellung römisches Gedankengut zugrunde, das wohl den Anreiz zur Verselbständigung gefördert haben mag. Den Beweis hierfür mag die von der herrschenden Lehre heute noch gepflegte rechtliche[101] Sachbeziehung im Eigentum, die naheliegende Vorstellung von Ersatzansprüchen bei Beschränkungen auslöst, liefern; diese Konstruktion wurde als unzutreffend abgelehnt[102].

Die Auffassung des Eigentums vom Nutzen aus läßt sich merkwürdigerweise in fast gleichen Gedanken aus den Beiträgen Kellers und Jherings zum Baseler Schanzenstreit nachweisen[103]. Die Beweisführungen beider Rechtslehrer stehen unter dem Einfluß des römischen Rechts, der Jhering zu dem Leugnen des privatrechtlichen Eigentums an öffentlichen Sachen deswegen veranlaßte, weil dem Staat nicht das ausschließliche Nutzungsrecht neben der Verfügungsmacht zustehe, und in der

99) Vgl. S. 54 Anm. 87 d. A.; in ähnlicher Weise c/a herrschende Lehre Puntschart a. a. O. S. 96; Hofacker deutet eine Möglichkeit der von mir vertretenen Auffassung von Mayers Eigentumsvorstellungen nur an; vgl. die Staatsverwaltung . . . a. a. O. S. 107.

100) Vgl. S. 1—2 d. A.

101) Vgl. das römische Eigentum S. 25 d. A.

102) Vgl. S. 47—48 d. A. — Der geschichtliche Werdegang eines Volkes zeigt überdies die enge Verknüpfung von Staat und Eigentum in rivalisierender Form. Die Zeit, die die Entstehung des BGB. vorbereitete, kannte im Staatsrecht den Grundsatz der tunlichst geringen Einmischung des neugegründeten Reiches (1870/71) in Landesangelegenheiten; ich glaube, daß dieser staatsrechtlich-geschichtlich notwendige Grundsatz genau so ins bürgerlichrechtliche übersetzt bei der Entstehung des BGB. (Eigentum) mitgewirkt hat. Vgl. dazu die Anm. 99 S. 22 d. A.

103) Vgl. Wappäus a. a. O. S. 90 ff.

Beobachtung gipfelte, daß der Nießbrauch vom Eigentum von Anfang an und für immer abgetrennt sei [104])

Inwieweit der Anreiz zur verselbständigten Eigentumsauffassung, der „Nutzungsauffassung", durch Vorgänge außerrechtlicher Art gefördert wurde, ist nicht anders als aus der Erkenntnis des labilen menschlichen Egoismus heraus zu beantworten. Ein Nachweis gleicher Ansätze läßt sich durch die Regalienlehre und die Welteigentumstheorie [105]) bringen; doch mag man mit Recht Spuren in der deutschen Rechtsentwicklung auch weiter hinab verfolgen. Der mittelalterliche Lehnsstaat z. B. zeigte in seinem Staatsrecht so viel (im heutigen Sinne) privatrechtliche Züge [106]). Es ist also das, was Dernburg [107]) anläßlich seines Vortrages in Wien über das schöpferische Eigenleben, die Phantasie im Rechte und damit über menschliche Triebkräfte äußerte, mit Vorbehalt aufzunehmen.

Auch auf anderem Wege als über Hofackers philosophische Ergründung gelingt es, den Fehler in der Eigentumsauffassung zu zeigen und auf artfremden Einfluß zurückzuführen, nämlich über die Forschungen in der Rechtsgeschichte. Puntschart [108]) stellt fest, daß es Eigentum ohne Dispositions- und Gebrauchsbefugnis gebe; hier aber sei es unmöglich, das Eigentum von der Herrschaft aus zu begreifen. (Eine Feststellung, die zu Mayers Satz von der Wirkung der Widmung paßt.) — Dem deutschen Eigentum sei indessen zunächst wesentlich die Zugehörigkeit, Zugehörigkeit im Sinne eines Grund- und Bestimmungsverhältnisses; dies Verhältnis bringt die Verbindung der Person und Sache zum Ausdruck [109]); die Herrschaft gründet sich erst auf diese Zugehörigkeit, nicht die Zugehörigkeit auf die Herrschaft! So will es Mayer trotz des Widerstandes im kritisierenden Nachsatz.

Als schlagenden Beweis für die Richtigkeit dieser Eigentumstheorie im deutschen Recht bringt Puntschart dann das bereits behandelte Inwärts-Eigen des mittelalterlichen Dienstrechts [110]), das an erster Stelle rechtliche Verbindung, erst an zweiter Stelle im Innenverhältnis ein subjektives Rechtsverhältnis, also Nutzen gewesen ist. —

Hieraus mag der oben gezogene Schluß, daß Mayers Eigentumsauffassung sich auf römisches Recht gestützt verselbständigte, zutreffend erscheinen. Ich glaube sogar, daß diese tieferen Vorstellungen, das Eigentum von der Herrschaft aus zu

---

104) Vgl. Jhering a. a. O. S. 149.
105) Vgl. S. 13/14 d. A.
106) Vgl. S. 25 d. A. und Anm. 20 das.
107) Vgl. S. 54, Anm. 86 d. A.
108) Vgl. Puntschart a. a. O. S. 97—100; vgl. auch S. 26 d. A.
109) Vgl. Puntschart a. a. O. S. 98; vgl. die hierzu passende Zerlegung des Eigentumsbegriffes S. 41, 47—48 d. A.
110) Vgl. S. 26 d. A.

bestimmen, die auch aus verfassungsrechtlichen Strömungen ihre Nahrung zogen [111]), ursächlich für die Lehre vom öffentlichen Eigentum geworden sind; in wie starkem Maße aber, das läßt sich nicht mehr beurteilen. Auf die Zusammenhänge mit der Lehre vom öffentlichen Eigentum soll noch eingegangen werden. —

Die Frage nach der Einordnung der öffentlichen Sachen ist noch ungeklärt. Bei Anerkennung der Notwendigkeit, die Fiskuslehre zu vermeiden, erscheint es doch dem Rechtsempfinden zweifelhaft, ob die öffentliche Sache wirklich, wie Mayer es sieht, mit der Indienststellung sogar allein durch Eignung so unantastbar hinausgehoben unter dem öffentlichen Recht steht. Sie erhält fast einen character indelebilis. Dieser character indelebilis besteht losgelöst von der Verwaltungstätigkeit so lange an der Sache, bis er aufgehoben wird [112]). — Eine solche Art der „Heiligung" der Sache — meint Lewy [113]) in feinsinniger Einfühlung —, die in ihren Tiefen auf die Eiselesche Lehre von der „Vereigenschaftung des Gemeingebrauchs" und von hier auf die Jheringsche Auffassung von der „Vereigenschaftung der Zweckbestimmung" (Lewy) in der öffentlichen Sache zurückgeht, ist nicht möglich. Der Unterschied gegenüber der Eiseleschen Lehre besteht darin, daß an Stelle des Gemeingebrauchs bei Eisele bei Mayer die obrigkeitliche Sachbeherrschung tritt. Eine derartige Heiligung [114]) der Sache gibt es wohl als anerkannten Begriff im Kirchenrecht bei der geweihten Sache — dem Abendmahlskelch; im Staatsrecht ist indessen dieser Begriff nicht aufzufinden [115]); die Vereigenschaftung stellt ja nur eine Denkform dar, um die an den öffentlichen Sachen ausgeübte Verwaltungstätigkeit zu kennzeichnen; sie hört aber auf mit dem Einziehen der öffentlichen Sache [116]). —

Innere Zusammenhänge scheinen nicht nur auf der Linie der „Heiligung" von Jhering über Eisele zu Mayer zu bestehen; vielmehr will mir scheinen, als habe bei allen die Ersetzung des Eigentumsbegriffs durch den Nutzungsgedanken römischer Herkunft zur Bildung der Vereigenschaftung bezw. der Heiligung geführt; man kann sich im Nachgehen bis in die letzten Deduktionen nicht von dem Gedanken freimachen, daß

---

111) Vgl. S. 35 ff., bes. S. 37 d. A. und Anm. 78 das.

112) So Lewy a. a. O. S. 89; vgl. hierzu Anm. 114 unten.

113) So Lewy a. a. O. S. 89.

114) Kennzeichnend der Satz im II. Bd. bei Otto Mayer: „Das Schicksal der öffentlichen Sache bestimmt sich planmäßig von innen heraus." Desgleichen (S. 52 Anm.): Die Idee des öffentlichen Eigentums sei ein durch seine Größe der Natur der Individualherrschaft entrückter Strom (Naturrecht?).

115) So Lewy a. a. O. S. 89.

116) Man vergleiche die Wirkung der Widmung und Entwidmung S. 1. 40. 47 d. A.

der umgemodelte römische Eigentumsbegriff Ursache geworden ist [117]).

Auf anderem Wege als über die tiefgehende Erfassung der Mayerschen Lehre durch Lewy kann man an die Kernfrage herandringen, und zwar durch einen Widerstreit in der Mayerschen Lehre selbst. —

Die rechtliche Sachherrschaft (nach herrschender Lehre gleich Eigentum), die auf römische Vorstellungen gestützt sich bis in die verselbständigte Eigentumsauffassung verliert, ringt mit dem Wesen der öffentlichen Verwaltung. Dieses noch nachzuweisende Ringen aber ist das unerkannte Problem der Lehre im tiefsten Sinne. — Es ist mit dem vorstehenden Satz die Problemstellung erweitert worden; einmal gilt es, die Vorstellung von der Macht des Eigentums, die die herrschende Lehre beseelte, auch bei Mayer zu beachten, dann aber dem Kampfe des Eigentums mit der öffentlichen Verwaltung nachzugehen. Bewußt ist Mayer der zweite Gegensatz nicht geworden.

Seine Vorstellungen von der Macht des Eigentums lassen sich aus seinem Werk heraus vielleicht folgendermaßen formulieren: Dem einzelnen ist mit der Macht des Eigentums eine Stellung verliehen, die ein Mißverhältnis zur Stellung der staatlichen Macht darstellt. Dies verlangt einen Ausgleich. Der Ausweg ist die Zuerkennung ebensolcher Macht an den Staat ins Öffentlichrechtliche übersetzt [118]), wenn man nicht die Fiskuslehre wählt. Damit versucht Mayer durch Übernahme eines Fehlers von der einen auf die andere Seite die Gleichung wiederherzustellen. Insofern unterscheidet sich also die Lehre Mayers von denjenigen der Vorgänger.

Ein Überblick über sein öffentliches Sachenrecht mag die obigen Behauptungen stützen. Das öffentliche Eigentum ist . . . „ein öffentlichrechtlich gedachtes Eigentum" (Aufl. 1924 II. Bd. § 35 S. 40). Hier findet man den klaren Übergang der zivilrechtlichen Anschauung; diese aber läßt sich verfolgen. S. 41 Anm. 1 sagt Mayer, er könne sehr wohl G. Jellineks Satz zustimmen, es gebe daher kein öffentlichrechtliches Eigentum, das seinem Inhalt nach etwas ganz anderes sei als das Privateigentum. Mayer entgegnet dem: Gewiß, es ist Privateigentum ins Öffentlichrechtliche übersetzt. Wer allerdings, wie Jellinek, im öffentlichen Recht nur imperium, d. h. Befehlsgewalt sehen wolle, habe für dieses weniger derbe Rechts-

117) Vgl. Jhering S. 19/20 d. A. In engen Zusammenhang glaube ich diese Strömung mit der liberalistischen Bewegung bringen zu können. Vgl. dazu S. 32 ff. (33) d. A.

118) Nicht falsch scheint die von Lewy gefundene Heiligung der öffentlichen Sachen zu sein; damit wird die eigentlich dem Staat zukommende Vormachtstellung anerkannt. Zugrunde liegt die Umwälzung von der liberalistisch-individualistischen Bewegung zur sozialen (Naturrecht?), genossenschaftlichen Bewegung.

gebilde kein Auge. Es gibt, wie gezeigt wurde (W. Jellinek), im öffentlichen Recht nicht nur hoheitliche Personenwirkung, sondern auch hoheitliche Macht an einer Sache [119]). Aber diese ist doch nicht notwendig bürgerliche Sachherrschaft ins öffentliche Recht gesehen. Mayer geht den falschen Weg der Übernahme [120]) eines bürgerlichrechtlichen Begriffes ins öffentliche Recht. Diese Folgerung erwächst m. E. aus der in ihm wurzelnden Vorstellung von der Macht des Eigentums des einzelnen, die eine Ausgleichung mit Rücksicht auf den Staat verlangt; in Wirklichkeit ist diese Macht des Staates etwas ganz anderes. —

Der Gedanke vom Wesen der öffentlichen Verwaltung dringt im folgenden etwas durch; Mayer sagt, das rechtliche Schicksal der öffentlichen Sache bestimme sich planmäßig von innen heraus (S. 41); die öffentliche Sache bedeute eine Erscheinungsform der öffentlichen Verwaltung (S. 46); weiter: dagegen sei ein großer Strom, ein schiffbares Gewässer, durch seine Natur der Individualherrschaft entrückt, das sei die Idee des öffentlichen Eigentums (S. 52 Anm.). Hier tritt das Wesen des Staates, dessen Leben sich in der öffentlichen Verwaltung äußert, nahe unter die Oberfläche des alles überspannenden Eigentumsgedankens. Ebenso prägt sich dieser Staatsgedanke in dem Abschnitt über die Widmung aus: „Sie ist keine obrigkeitliche Anordnung, kein Verwaltungsakt, enthält keinen bindenden Anspruch dessen, was Rechtens sein soll und bedarf keiner Form" (S. 58). (Der Widmung wird bei dem den öffentlichen Sachen anhaftenden character indelebilis wenig Wert beigemessen.) Sie ist natürliche Regung der öffentlichen Verwaltung; diese tritt auch bei der Einziehung der öffentlichen Sache (S. 69) wiederum zutage: „Sie geschieht, indem ihr Herr sie dieser Bestimmung entzieht." Diese Gedanken von der überwindenden Kraft der öffentlichen Verwaltung stehen in gut verfolgbarem Gegensatz zu dem Eigentumsbegriff, der Mayer vorschwebt, und zeigen das Bestreben Mayers, ein gerechtes Verhältnis zwischen Staat und Eigentum bei den öffentlichen Sachen herzustellen [121]). Diese richtigen Gedanken werden wieder völlig überschattet von den nachfolgenden Erwägungen: „Auferlegte öffentliche Grunddienstbarkeiten bedeuten einen Eingriff in die Freiheit des Eigentums" (S. 108). Unterscheidet sich diese Fassung von der des verselbständigten Eigentums, von naturrechtlichen Begriffen? Es liegt darin eine Wiederaufnahme der Worte Sohms wie Lockes, die darauf hinausgingen, daß man von dieser Freiheit des Eigentums eigentlich

119) Vgl. S. 46/47 d. A.

120) Ursächlich für die Heiligung mag auch die Übernahme des Sachbegriffs aus § 90 BGB. geworden sein; vgl. S. 67 ff. (69) d. A.

121) Vgl. auch Bd. II, 1924, S. 72, und die Anm. bezgl. des Sächs. OVG. daselbst.

lebe[122]). Die Übernahme der verselbständigten Eigentumsauffassung zur Ausgleichung des Mißverhältnisses, ist in dem wiederholt angeführten Satz ganz deutlich: „Wer öffentliches Eigentum für kein Eigentum ansieht, muß die Widmung als einen Fall des Eigentumsverlustes ansehen. — . . . (II. Bd. 2. Aufl. 1917 S. 111). Da Mayer hier den Nutzen, das subjektive Rechtsverhältnis, als Eigentum empfindet, und anstatt des Grundverhältnisses[123]) an die erste Stelle setzt, muß er zu der Folgerung geraten, das Eigentum ginge verloren. Es liegt m. E. noch ein Gran Besorgnis vor der Staatsgewalt in dem oben angeführten Satz Mayers. Vielleicht liegt darin die letzte Verflüchtigung der Staatsvertragsidee; man (Mayer) teilt dem Staate Eigentum zu, dieser aber achtet das persönliche Eigentum eines jeden dafür als Gegenleistung. Solche Gedanken aber wären alten Ursprungs, feinste Fäden führen hier von der Ideenwelt John Lockes[124]), aus der Zeit der französischen Revolution bis in Mayers Lehre. Spuren davon schimmern noch dort durch, wo Mayer von der Heiligkeit des Eigentums wie von den Grenzen der Freiheit des Eigentums durch die gesellschaftliche Anschauung (Aufl. 1924 S. 119, 120) spricht.

Das Kapitel über die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen (S. 118) ist geeignet, die obige Auffassung von Mayers Eigentumsvorstellungen und dem Kampf zwischen der überwindenden öffentlichen Verwaltung und dem Eigentum zu befestigen. Während die Dienstbarkeit „ein bestimmtes für den anderen begründetes Recht voraussetzt, das wirksam geworden ist an dem bestimmten Grundstück und das Eigentum daran rechtlich zurückgedrängt hat, bedeutet die Eigentumsbeschränkung eine dem Eigentum allgemein und im voraus anhängende Schwäche" (S. 118). Hier treffen sich zwei Gedanken:

1. Eigentlich geht also das Eigentum um das Gebiet der ihm anhängenden Schwäche weiter; hierin liegt letzten Endes der durch das römische Recht geförderte Gedanke der Verselbständigung, vielleicht auch der der Konsolidationskraft.

2. Das Verhältnis zu der Staatshoheit ist doch wohl nicht so wie zu Gleichgeordneten; aber wie? — Hier spricht die Gegensätzlichkeit von öffentlicher Verwaltung und Eigentum; die überwindende Kraft der öffentlichen Verwaltung erscheint. —

Die Eigentumsschwäche erfaßt „die Seite des Eigentums, wonach es die rechtliche Macht enthält, andere von der Einwirkung auf die von ihm ergriffene Sache auszuschließen und verneint diese Macht in bestimmter Richtung; in dieser Beziehung wirkt das Eigentum nicht, ist wehrlos." Darin liegt nach Mayer eine staatlicherseits vorgenommene Entrechtung

122) Vgl. S. 37 d. A.
123) Vgl. S. 58/59 d. A.
124) Vgl. S. 37 d. A. und Anm. 79 das.

des (als absolut aufgefaßten) Eigentums. Eigentlich wäre ja das Recht da, den Eingriff des Staates auszuschließen. Es steht also Recht gegen Recht. Das des Staates aber ist das überwindende, das stärkere.

In Erscheinung tritt wieder der Gegensatz von öffentlicher Verwaltung (Staatstätigkeit) und Eigentum, die miteinander ringen! Wie ist bei dieser Erkenntnis eine Verschmelzung beider Größen eigentlich als möglich anzusehen? Man kann wohl die Frage nur so beantworten: Die für Mayer zwingend erscheinende Überwindung der Fiskustheorie hat ihn dies Problem übersehen lassen. —

Ganz unverkennbar deutet der nachfolgende Satz auf die „rechtliche Sachherrschaft" und die daraus folgende Verselbständigung der Begriffe hin: „Es muß sich handeln um eine tatsächliche Einwirkung auf ein fremdes Grundstück, die an sich eine Verletzung des Eigentums wäre" (S. 120). Im bürgerlichen Recht ist man gewöhnt, aus Rechtsverletzungen Ansprüche herzuleiten. Wie gefährlich aber sind solche Gedanken in einer Linie mit „tatsächlichen Einwirkungen"; sie können zu völlig falscher Einschätzung des Eigentums verleiten. —

Die Vermengung der verschiedenartigsten Vorstellungen, die in dem kurzen Abriß der Mayerschen Lehre wiedergegeben wurden, kann aber die Erkenntnis nicht verschleiern, daß öffentliche Verwaltung und Eigentum zwei einander bekämpfende, ungleiche Größen sind, deren Vereinigung unmöglich ist. Deutlich zeigte dies das Kapitel über die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen.

Aus den Erwägungen H. Schelchers ließ sich das gleiche herauskristallisieren [125]). Der Kampf gegen die Fiskustheorie muß Mayer so sehr in seinen Bann gezogen haben, daß er selbst diesen von Schelcher festgestellten Gegensatz im Inhalt des Eigentums als wertvoll bezeichnete. Der Inhalt „Pflichtherrschaft" mag wohl auf den in § 1 II 13 ALR. ausgesprochenen Gedanken zurückgeführt werden [126]), daß sich die Rechte und Pflichten des Staates gegen seine Bürger und Schutzverwandten im Oberhaupt desselben vereinigen. Ein gleiches Auswägen von Rechten und Pflichten findet man ja in früherer Zeit in der deutschrechtlich-mittelalterlichen Auffassung [127]).

Hofackers Bemühungen gehen insoweit mit denen Mayers wie Schelchers in einer Richtung, als dort die herrschende, auf dem Eigentum basierende Lehre als fehlerhaft

125) Vgl. S. 49 ff. (51) d. A.
126) Vgl. Hofacker, Der logische Aufbau, a. a. O. S. 32 ff.
127) Vgl. S. 25 ff. d. A. § 2.

angegriffen und die Einordnung der öffentlichen Sachen ins öffentliche Recht versucht wird. Unter Absehen von der verfehlten Verselbständigung des Eigentums ist im Grunde der herausgefühlte Gegensatz von Eigentum zur Staatshoheit durchaus richtig zu nennen.

In einem so viel benutzten Lehrbuch wie W. Jellineks Verwaltungsrecht[128]) findet man ebenfalls eine Anerkennung dieses Gegensatzes[129]). Die Besprechung von Mayers öffentlichem Eigentum führt Jellinek zu der Erkenntnis von der das Eigentum überwindenden Kraft der Staatsherrschaft[130]). Daß dies nicht ohne Spannungen abgeht, dürfte aus der textlichen Fassung bei Jellinek hervorgehen; die Herrschaft des Staates ist nichts anderes als eine „durch kein gegenüberstehendes Privatrecht gehemmte Gebietshoheit". Damit aber ist dem Rechtsempfinden durchaus entsprochen, wenn man die Spannungen zwischen beiden sich einander einengenden Größen anerkennt; ich möchte sagen, daß sie den den öffentlichen Sachen innewohnenden Sinn bilden[131]). Daß sich hierin der ewige Gegensatz des einzelnen zur Gesamtheit kundtut, bedarf keiner Betonung; dieser Gegensatz ist nicht aus dem Recht heraus begreifbar. —

Eine Addition von Eigentum und öffentlicher Verwaltung ist ebenso wie das Nebeneinanderlaufen als unmöglich anzusehen. — Im Grunde richtet sich also die Ablehnung gegen die als Ursache erkannte römische Vorstellung vom Eigentum; die heutige Erkenntnis von den täglich neuen Schranken des Eigentums (Hedemann[132]) — eine Fortsetzung der liberalistischen Ausdrucksweise) ändert an dem Ergebnis nichts. Es ergab sich die überwindende Kraft der öffentlichen Verwaltung; ein Vorgang, der im Grunde auf die im deutschen Recht erkannte Eingliederung des einzelnen in die Gemeinschaft hier die des Privatrechts in das öffentliche Recht abzielt[133]).

Im Verfolg dieses Gedankens steht Hofackers römischrechtlich bedingte Auffassung von der „Fürsorgeanstalt" Staat[134]) der vom Kulturstaat gegenüber, einem Staat, der jederzeit zur Erfüllung sozialer und wirtschaftlicher Notwendigkeiten

---

128) Vgl. W. Jellinek, a. a. O. S. 508.

129) Vgl. hierzu noch Meyn, a. a. O. S. 959; Meyn kommt infolge dieses Gegensatzes zur Bildung von Ober- und Untereigentum, dies ist eine Fortbildung der Lehre, die er auch Mayer zuschreiben zu können glaubt, mit der Mayer bei Betonung der Identität des öff. Eigentums mit dem privatrechtl. Eigentum schwerlich einverstanden gewesen wäre.

130) Vgl. S. 46/47 d. A.

131) Vgl. S. 55 d. A. über die gegen das Eigentum wirkende Kraft der öffentlichen Verwaltung, die öffentlichr. Hypothek, die Deichlast etc.

132) Hedemann, a. a. O. § 2 S. 8 ff.

133) Vgl. S. 35 d. A.

134) Vgl. Hofacker, Der logische Aufbau, a. a. O. S. 32.

einspringen muß, dem die allgemeine Vorstellung ungeheure Mittel zur Abhilfe von Notlagen zuerkennt. Es läßt sich in Erkenntnis der ausgedehnten kulturellen und wirtschaftlichen Betätigung des Staates zugunsten der Allgemeinheit auch schwerlich der nachfolgende nationalökonomische Unterschied aufrecht erhalten. — Den Aufgaben des Staates wird durch unmittelbare Verwendung von Mitteln zur Anlage von gemeinnützigen Einrichtungen entsprochen; im Gegensatz hierzu steht die Aufhäufung von Vermögen, von zinsentragendem Kapital seitens des Staates. So wird in der Rechtswissenschaft noch heute [135]) das Finanzvermögen von dem Verwaltungsvermögen getrennt; das Finanzvermögen aber untersteht ausschließlich dem Privatrecht, da man die dem „Privatmann" eigene kapitalistische Wirtschaftsweise auch dem Staate bei Auswertung dieses Vermögens zugestehen zu müssen glaubte. Die fortschreitende Inanspruchnahme des Staates zwingt indessen zur verstärkten Bereithaltung flüssiger Mittel. Der Staat geht in Erkenntnis dieser Schwierigkeit in allen Verbesserungen voran, so in der Agrarreform bezüglich seiner Domänen [136]), der Forstverwaltung in bezug auf die gesamte Landeskultur, der Eisenbahn des wirtschaftlichen Verkehrs wegen. Ein beredtes Zeugnis legt die jüngste Entwicklung im Jahre 1933 davon ab, wie sehr der Staat in alles unterstützend eingreift. Diese Umwandlung hat die soziale Verfärbung des Finanzvermögens im Gefolge; der Grundsatz der Eingliederung (des Gemeinnutzens) bricht hier durch. Die reinste Form der Staatsauffassung wird also einmal jede Art der Staatstätigkeit auch auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung als sozial und in öffentlichrechtlichem Sinne, als Verwaltungstätigkeit empfinden [137]). Eine Folge davon würde sein, daß der Staat in seinen Handlungen nicht mehr nach Zivilrecht zu beurteilen wäre [138]). —

Da die Lehre Mayers abgelehnt wurde, muß wohl als Eigentumsform die des Zivilrechts angenommen werden. Damit aber wird im Grunde nicht viel anderes als das gesagt, was die Zivilrechtler sonst behaupten, obwohl die dem Eigentum eingearbeiteten Vorstellungen bekämpft wurden [139]). Mit diesem Ergebnis würde ich mich notgedrungen zur Fiskuslehre bekennen müssen, die sich noch weniger richtig als Mayers Lehre darstellt. —

---

135) Vgl. Hedemann, Jellinek, S. 39 d. A. und Anm. 2 das.

136) Vgl. Lewy, a. a. O. S. 78.

137) Vgl. Lewy, a. a. O.; hier zeigt sich dasselbe wie bei der Eingliederung des Privatrechts ins öffentliche Recht; eben der Vorgang wie bei der Entfernung der römischrechtlichen Bestandteile im Eigentum, S. 35 d. A.

138) Vgl. das französische domaine public.

139) Vgl. dazu S. 57—60 d. A.

IV. Teil.

Die rechtliche Einordnung der „öffentlichen Sachen".

1. Abschnitt. Der Begriff „Sache" im Privatrecht und die „öffentliche" Sache".

An Hand eines Satzes aus Mayers Lehrbuch glaube ich doch, daß eine Lösung in diesem Widerstreit gesehen werden kann. Mayer sagt auf S. 46 des II. Bandes 1924, die öffentliche Sache bedeute eine Erscheinungsform der öffentlichen Verwaltung.

Mit dem Begriff „öffentliche Verwaltung" verbindet man die Vorstellung von staatlicher Tätigkeit. Es müßte sich, wollte man dem Satzbau Mayers nachgehen, damit das, was als öffentliche Sache bezeichnet wird, als eine Tätigkeit, eben eine Erscheinungsform der Verwaltungstätigkeit herausstellen. Durch diese Folgerung aber wird der Sachbegriff m. E. völlig von der Vorstellung des Körperlichen gelöst, und es ergibt sich ein Zwiespalt in der Vorstellung vom Sachbegriff. Damit gerät man zu der Frage, ob denn der Sachbegriff in der „öffentlichen Sache" nicht der des § 90 des Bürgerlichen Gesetzbuches ist. —

Der § 90 BGB. sagt, daß Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände seien. Bedeutet diese Vorschrift nun eine Sprachregel oder eine Rechtsregel? Eine Sprachregel in dem Sinne, daß überall da, wo das Gesetzbuch von Sachen spricht, körperliche Gegenstände zu verstehen sind[1]); oder eine Rechtsregel des Inhaltes, daß nur an körperlichen Gegenständen Sachenrechte bestehen können (so die herrschende Lehre). Eine Klärung bringt das BGB. selbst nicht, denn als Sprachregel fände § 90 BGB. seine Durchbrechung durch § 96 BGB., in dem dingliche Rechte an einem Grundstück mit ihm zusammen als einheitliche Sache aufgefaßt werden; aber auch als Rechtssatz fände sich eine Durchbrechung des § 90 BGB. durch den Nießbrauch und das Pfandrecht an Rechten; die Rechte sind nicht Sachen des BGB., und doch sind an einigen Rechten Sachenrechte im subjektiven Sinne möglich[2]). Es ist aber trotzdem

---

1) So Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht 1923, S. 343.

2) Vgl. zu diesem Abschnitt: Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933, S .41 ff. (44).

daran festzuhalten, daß der Begriff „Sache" des Zivilrechts die die verschiedenen Sachenrechte umschließende Klammer bleibt. Es geht aus der beiderseitigen Durchbrechung des § 90 BGB. aber hervor, daß der Sachenbegriff, demnach auch der Sachenrechtsbegriff, ein rein willkürlicher Begriff — „eine positivrechtliche Zufälligkeit" — ist. Es gibt, um mit Hofacker[3]) an der Beschränkung der Begriffe auf das BGB. festzuhalten, Sachen nur insoweit, als es Sachen im Rechtssinne sind; Sachenrecht ist mithin die Summe von Normen, die sich auf die Sachen der Privatrechtsordnung beziehen. Der Gegenstand der Normen ist also das Kennzeichen des Sachenrechts[4]), nicht der Grad der subjektiven Berechtigung; es wäre in Übertragung dieses Gedankens ins öffentliche Recht allein das Befaßtsein mit dem Begriff „öffentliche Sache" Kennzeichen des öffentlichen Sachenrechts. —

In diesen Gedankengängen herrscht aber eine allgemeine Unsicherheit. Die Konstruktion der öffentlichen Sache als einer „bürgerlichrechtlichen Sache", die der öffentlichrechtlichen Herrschaft unterworfen ist, ist das durchgängige Merkmal der Erwägungen. Ihre Wurzel ist in den Gedanken von der durch die herrschende Lehre vertretenen rechtlichen Sachherrschaft — dem rechtlichen Verhältnis von Person zur Sache[5]) —, die als unzutreffend abgelehnt werden mußte, zu finden. —

Völlig verfehlt ist hierin die Übernahme des Begriffs der bürgerlichrechtlichen Sache. Dieser Begriff ist doch eine reine Zufälligkeit des geltenden Privatrechts. Zu der verfehlten „rechtlichen Sachherrschaft", die überdies noch als von „Individuen", nicht von „Rechtspersonen" ausgeübt gedacht wird, tritt auch bezüglich der öffentlichen Sache die Rückkehr zur Gegenständlichkeit hinzu; die öffentliche Sache wird als Sachsubstanz, als körperlicher Gegenstand angesehen, obwohl gerade die Beschränkung des Begriffs „körperlicher Gegenstand = Sache" auf die Privatrechtsordnung besteht, was auch deutlich aus den Motiven Bd. III S. 27[6]) hervorgeht. —

Daß aber der Begriff Sache als körperlicher Gegenstand nicht in die Denkformen des öffentlichen Rechts, sowohl wegen seiner Willkürlichkeit wie der Beschränkung als Rechtsbegriff auf das BGB., übernommen werden kann, wird außer Acht gelassen. — Die Übernahme würde ja auch mit der Ablehnung der so verbreitet angenommenen „rechtlichen Sachherrschaft"

---

3) Vgl. dazu S. 51 d. A.

4) Ebenso Motive Bd. III S. 27.

5) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 45; vgl. S. 47 ff. (48!) u. Anm. 56 S. 48, S. 70 d. A.

6) „Grundsätzlich ist jede Sache Gegenstand der sachenrechtlichen Rechte. Eine allgemeine Vorschrift dieses Inhaltes war deshalb entbehrlich, weil die Ausnahmen von der Regel sämtlich dem öffentlichen Recht angehören."

entfallen. Die herrschende Lehre hätte hier zum mindesten, insoweit als die Sache nach ihr dem öffentlichen Recht untersteht [7]), die Tragbarkeit der Begriffe prüfen müssen; immerhin erscheint doch die Gleichung von öffentlichem Weg und dem unter ihm befindlichen Grund und Boden nicht selbstverständlich.

Daß der privatrechtliche Sachenbegriff überall ins öffentliche Recht übernommen wurde, beweist der Versuch Friedrichs' [8]), bürgerliches und öffentliches Recht unter gemeinsamen Gesichtspunkten zu betrachten. Friedrichs gelangt damit zu dem Nebeneinanderstellen verschiedenster, um den Begriff Sache gruppierter Vorschriften und Rechtsgedanken; das Ergebnis aber gipfelt nach einem Vergleich Hofackers [9]) darin, daß Storchschnäbel und Kirschen rot sind. Einen weiteren Beweis findet man in seiner Anerkennung des öffentlichen Eigentums, falls Wegeeigentum, Unterhaltspflicht und Polizei in einer Hand vereinigt seien [10]). Mit diesem Zugeständnis überträgt Friedrichs Eigentums- und Sachbegriff (fußend auf der rechtlichen Sachherrschaft) ins öffentliche Recht. Es entsteht aber hier die Gefahr der Verwechslung des Trägers der öffentlichen Sache mit dem Eigentümer der Substanz. In gleicher Richtung wie das Anerkenntnis Friedrichs' gehen die Untersuchungen W. Schelchers und Lassars. W. Schelcher [11]) anerkennt das öffentliche Eigentum wie Friedrichs nur bei Vereinigung aller Zuständigkeiten in einer Hand, übernimmt also zu dem Eigentums- auch den Sachbegriff des BGB. Lassar [12]) kommt zu der Konstruktion einer besonderen „Verwaltung", zu deren Gunsten ein Nutzungsrecht am Wege, aber auch die Belastung mit dem Verkehr gegeben ist, und zwar deswegen, weil die Polizei kein Rechtssubjekt sei und die Wegelast nicht tragen könne. Es mag noch kur Biermann genannt werden, der in seinem Rektoratsprogamm 1905 die „öffentlichen Sachen" behandelt. Biermann [13]) unterscheidet für das geltende Recht zwischen Privatsachen öffentlicher juristischer Personen und öffentlichen Sachen. Damit setzt er einen Oberbegriff „Sache" stillschweigend voraus, dessen privatrechtliche Gestalt im Laufe der Abhandlung nie in Zweifel gezogen wird [14]).

7) Vgl. S. 40 Anm. 8 d. A.

8) Vgl. Friedrichs, S. 40 d. A., deswegen auch das endlose Argumentieren S. 46 ff. d. A.

9) Vgl. Hofacker, Der logische Aufbau, a. a. O. S. 37 ff.

10) Vgl. Friedrichs, Arch. öff. Recht, Bd. 40, S. 309; desgl. Gruch. Beitr. Bd. 62, S. 472.

11) Vgl. W. Schelcher, Fischers Ztschr. Bd. 35 S. 18 und Anm. 1 daselbst.

12) Lassar, a. a. O. S. 40.

13) Biermann, a. a. O. S. 6.

14) Vgl. ausführlich dazu Maunz, a. a. O. S. 81, 82, 84.

Nicht nur den Vertretern der Zivilrechtslehre ist in dem Bestreben um die Eingliederung der „öffentlichen Sachen" die nicht angezweifelte Gültigkeit des Begriffs Sache des BGB. im öffentlichen Recht vorzuhalten, sondern auch Mayer ist dieser Vorwurf der Übernahme ins öffentliche Recht zu machen. Da auch er an der Körperlichkeit der „Sache" im öffentlichen Recht haftet, gerät er in jene Heiligung der Sache als Lösung [15]).

Eine Loslösung von der Vorstellung der Körperlichkeit ist also bei dem Begriff „öffentliche Sache" zu fordern; sie ist nach dem Vorstehenden etwas ganz anderes als die Sache des § 90 BGB. Mit dieser Feststellung kommt man einem Sinn in dem Mayerschen Satz von der Erscheinungsform näher.

2. Abschnitt. Die „öffentliche Sache" als Erscheinungsform der öffentlichen Verwaltung.

Die öffentliche Sache bedeutet eine Erscheinungsform der öffentlichen Verwaltung [16]). Es mag dahingestellt bleiben, ob Mayer das Bedeuten dem Sein gleichsetzte. Beide Formen bringen, allerdings in abgestuftem Maß, eine persönliche Wertung zum Ausdruck. Die öffentliche Verwaltung wird gemeinhin gekennzeichnet als die Summe der Tätigkeit des Staates oder eines anderen Trägers der öffentlichen Gewalt, die nicht Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Regierung ist. Die öffentliche Sache müßte demnach ein Teil davon sein, wenn man Mayers Satz folgt. Die öffentliche Verwaltung ist eine von Rechtsordnung und Staatspolitik abhängige Größe; man vergleiche als Beispiel hierzu den Weg von der Arbeitslosenversicherung der Gewerkschaften bis zur gesetzlichen Pflichtversicherung durch die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung [17]).

Wie erscheint die öffentliche Verwaltung? Ihr Wesen kann vielleicht, wenn man einmal vom Staat absieht [18]), juristisch in einer Wechselbeziehung von ausgeübten Rechtspflichten und -ansprüchen gesehen werden. Auch dies müßte in der öffentlichen Sache zum Ausdruck kommen.

Ersichtlich kann die „öffentliche Sache" mit Rücksicht auf die Wesensbestimmung der öffentlichen Verwaltung als

---

15) Vgl. S. 59 d. A.

16) Dasselbe drückt Mayer aus, wenn er sagt: das rechtliche Schicksal der öffentlichen Sache bestimme sich wie die öffentliche Verwaltung planmäßig von innen heraus. Vgl. S. 42 d. A.

17) Daß die Wandlung der Staatsauffassung auch die Auffassung von den öffentl. Sachen bestimmt, zeigte das römische Recht S. 3—11 d. A., das Naturrecht S. 17 ff. d. A.

18) Vgl. S. 49, 50 d. A.; es kommt darauf an, ob man dem Staat Pflichten oder Aufgaben zuerkennt.

einer gewissen Summe von Tätigkeit nicht Rechtsobjekt sein, weil die öffentliche Verwaltung sich nicht als Rechtsobjekt darstellt. Sie kann aber auch nicht Rechtssubjekt sein, da sie nicht Willensendpunkt für juristisch zu wertende Handlungen, sondern Tätigkeit ist. Wie Maunz[19]) treffend sagt, kann „kein irgendwie geartetes Handeln . . . der öffentlichen Sache als Tatbestandsmerkmal für den Eintritt einer Rechtsfolge zugerechnet" werden. Was kann die öffentliche Sache denn sonst sein?

Die Rechtswissenschaft hat sich auf Normen und Beziehungen zu Normen zu erstrecken[20]). Als Beziehungen zu Normen aber kennt man die Rechtspersonen und die Rechtsverhältnisse. Beide verknüpfen sich ineinander, da ohne Rechtspersonen Rechtsverhältnisse undenkbar sind. Es ist daher zu erwägen, ob, da die Eigenschaft Rechtssubjekt nicht zuerkannt werden konnte, die öffentliche Sache nicht als Rechtsverhältnis aufgefaßt werden kann. Es können zwei Arten des Rechtsverhältnisses in Frage kommen, einmal das Rechtsverhältnis im engeren Sinn von einer Rechtsperson zur Rechtsordnung, dann das im weiteren Sinn von Rechtspersonen zueinander[21]).

Die öffentliche Sache ist als Rechtsverhältnis nur denkbar, wenn eine Rechtsperson gefunden wird, deren Beziehung zur Rechtsordnung dergestalt ist, daß ihr eine Rechtspflicht obliegt (RV. i. e. S.) oder daß eine Rechtspflicht zu einem Rechtsanspruch gefunden wird, und diese gemeinsam das Wesen der öffentlichen Sache ausmachen (RV. i. w. S.). Man denke hierzu an das Mietverhältnis. Auf diese Alternative wird das Schwergewicht der Konstruktion zu legen sein; nicht die Substanz erscheint mehr wesentlich; und das ist m. E. richtig, denn ein öffentlicher Weg ist nicht identisch mit dem darunterliegenden Grund und Boden.

Als Folge der Konstruktion wäre in beiden Formen des Rechtsverhältnisses die Einbeziehung des Staates unter die Pflichtsubjekte erforderlich. Heutzutage spricht man mehr von Aufgaben als von Pflichten des Staates; das ist wohl im allgemeinen richtig. Die Pflichtstellung in besonderem Sinne ist noch späterhin zu umreißen; es würde aber die Anerkennung einer derartigen Staatsstellung eine fruchtbare Anknüpfung an

---

19) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 71.

20) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 70 ff.

21) Daß das Verhältnis von Person zur Sache kein Rechtsverhältnis ist, wurde S. 47, 48 d. A. dargetan; ein solches Rechtsverhältnis wäre mit einem Recht ohne Zwangsmacht ausgestattet. Die Inkonsequenz der h. M., die ein Rechtsverhältnis allein bei einer rechtlich geordneten Beziehung und nicht bei einer Summe von wechselseitigen Ansprüchen annimmt, beweist Schwalbe, a. a. O. S. 45, daran, daß bei anderen rechtlich geordneten Beziehungen, wie dem Zubehör zur Hauptsache etwa, niemand von einem Rechtsverhältnis spricht.

die deutschrechtliche Verflechtung von Rechten und Pflichten bedeuten [22]). Weiterhin: Die Frage nach dem Eigentum an der Substanz, die der öffentlichen Sache denknotwendig zugrunde liegt, scheidet aus dem öffentlichen Sachenrecht aus [23]); sie gehört unter die vorsachenrechtlichen Beziehungen. Es wird damit eine reinliche Scheidung in der Streitfrage um die Widmung, ihre Wirkung und die Wirksamkeit des Eigentums während des Bestehens der „öffentlichen Sache" ermöglicht. Die Darstellung der öffentlichen Sache als Rechtsverhältnis würde für alle Zweige des Verwaltungsrechts, z. B. Wege- oder Wasserrecht, ein einheitliches Grundbild abgeben; es würde daher die S. 22 d. A. berührte Unsicherheit in der Klassifizierung der öffentlichen Sache (Ausdrucksweise der h. M.) aufhören. Einen Vorteil der Konstruktion würde es bedeuten, daß sie auf dem positiven Recht aufgebaut werden kann [24]).

Ich habe die Konstruktion der öffentlichen Sache als Rechtsverhältnis, ohne den Ausgangspunkt im Mayerschen Satz von der Erscheinungsform, soweit ersichtlich, nur bei Maunz gefunden. Der Konstruktion aber möchte ich als vollgültiger Lösung beitreten.

Die beiden genannten Rechtsverhältnisse werden bei Maunz einander gegenübergestellt und hieraus das Wesen der öffentlichen Sache herauskristallisiert. Das Verhältnis der Rechtsperson zur Rechtsordnung im Rechtsverhältnis i. e. S. äußert sich in der Auferlegung einer Rechtspflicht [25]); in der Pflichtstellung beruht die Rechtssubjektivität der Rechtsperson. Dies Rechtsverhältnis setzt also nur eine Rechtsperson voraus, im Gegensatz zu dem behandelten Rechtsverhältnis i. w. S., das zwei Personen, besser mehrere Subjekte, zur Tatbestandserfüllung aufweisen muß. Hierin muß auch dem Rechtsanspruch unbedingt eine Rechtspflicht gegenüberstehen, nicht zwingend aber der Rechtspflicht ein Rechtsanspruch [26]). Es kann für den Fall des fehlenden Rechtsanspruchs bei bestehender Rechtspflicht das Rechtsverhältnis nach einer Seite offen sein; zu der bestehenden Rechtspflicht kann vielleicht ein Rechtsanspruch treten. Man denke zum Vergleich an ein bindendes Vertragsangebot, zu dem die Annahme tritt; damit wird das nach einer Seite hin offene Rechtsverhältnis zweiseitig, und Rechtspflicht und Rechtsanspruch entsprechen sich. Für das Bestehen eines Rechtsverhältnisses genügt es indessen, wenn nur die Rechtspflicht einer einzigen Rechtsperson besteht, wie es sich aus

22) Vgl. S. 25 ff., 49/50 d. A.

23) Vgl. die Bemühungen Hofackers, S. 51 ff. d. A.

24) Die Pflichtstellung des Staates im positiven Recht wird auf S. 73, 74 d. A. dargetan.

25) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 67.

26) Vgl. das später behandelte Mantelrechtsgeschäft, S. 75 ff. d. A.

dem offenen Rechtsverhältnis, dem bindenden Vertragsangebot ergab [27]).

Hieraus leitet Maunz das Wesen der öffentlichen Sache ab. Er sagt [28]), daß der Entstehungsgrund für ein Rechtsverhältnis primär die objektiv geltende Rechtsnorm sei, subsidiär erst die Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale der Rechtsnorm in einem Lebensvorgang. Als Tatbestandselemente stehen nun entweder Handlungen von Rechtssubjekten, die Rechtsgeschäfte sind, oder andere Ereignisse [29]) (Rechtshandlungen im besonderen Sinne, Rechtsvorgänge) in Frage. Infolgedessen ist die Entstehung eines Rechtsverhältnisses entweder als Folge eines Rechtsgeschäftes oder als unmittelbare Folge aus dem Gesetz zu betrachten [30]).

Bei Betrachtung des Rechtsverhältnisses von seiten der Rechtspflicht ist also das Rechtsverhältnis im ersten Fall als Willensfolge, im zweiten Fall ohne eigenen Willen, unmittelbar kraft Gesetzes entstanden. Diese Entstehung aber ist die oben genannte primäre.

Das rechtliche Wesen der öffentlichen Sache ist hieraus bereits abzulesen. Es wird in der Rechtspflicht eines Trägers der öffentlichen Verwaltung gegenüber der Rechtsordnung erkannt [31]). Es besteht in einem Rechtsverhältnis im engeren Sinn [32]).

Schwierig ist das durch den entwickelten Gedankengang geforderte Zusammensehen der positivrechtlichen Vorschriften, die um die Substanz gruppiert als Rechtsverhältnis „öffentliche Sache" aufgefaßt werden. Diese Vorschriften liegen in dem Verwaltungsrecht der Länder zerstreut und enthalten zum Teil auch Finanzierungsmaßnahmen oder technische Anweisungen (Straßen, Deiche). Man kommt zu besserem Ergebnis, wenn man die Betrachtung nach den Grundformen der Beteiligung der öffentlichen Verwaltung an dem Rechtsverhältnis „öffentliche Sache" einteilt [33]).

Man gelangt dann zu sechs Grundformen, und zwar zu der Stellung 1. als Herr oder Träger der öffentlichen Sache, 2. als Benützer der durch das RV. öffentliche Sache gebotenen Vorteile [34]), 3. als Eigentümer der Sachsubstanz, 4. als Polizei in

27) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 68.

28) So Maunz, a. a. O.

29) Vgl. Leonhard, a. a. O. S. 29.

30) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 69.

31) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 201.

32) Das hier beiseite gestellte RV. i. w. S. erscheint später im Nutzungsrechtsverhältnis, dem Korrespondieren von Rechtsanspruch und Rechtspflicht: vgl. Schema 1 S. 75 d. A.

33) So Maunz, a. a. O. S. 177, 178.

34) Nicht zu billigen ist hier die Formulierung Maunz', der von dem Benützer der öffentlichen Sache spricht; die Terminologie läßt die Übernahme des Sachbegriffs des BGB. möglich erscheinen.

der öffentlichen Sache, 5. als Bau- oder Unterhaltspflichtiger, 6. als Anlieger[35]). — Nicht in sämtlichen Rechtsverhältnissen sind alle Grundformen zu finden, andererseits kann innerhalb mancher Grundformen eine weitere Gliederung eintreten, so im Sinne fakultativer oder kumulativer Berufung mehrerer Behörden zwecks polizeilicher Maßnahmen, z. B. § 30 Kraftfahrzeugverordnung. Aus dem positiven Recht sei als Beispiel einer Zusammenfassung von Grundformen in einer Rechtsperson im preußischen Wegerecht das Zusammenfallen von Wegepolizeibehörde und Wegeherr (Träger)[36]) genannt, ein gleiches findet sich in Sachsen[37]) bezüglich des Wegeherrn und Unterhaltspflichtigen. — Aus den sechs Grundformen mag man die wichtigsten herausschälen unter der Beachtung, daß sie nicht nur für den Staat, sondern auch für abgeleitete Träger öffentlicher Gewalt gelten[38]). Wichtig erscheinen: 1. der Staat als Träger oder Herr der öffentlichen Sache, 2. der Staat als Eigentümer der Substanz, 3. der Staat als Polizeibehörde in der öffentlichen Sache. Die anderen Typen treten positivrechtlich an Bedeutung zurück. Den Staat als Träger der öffentlichen Sache findet man überaus häufig, z. B. in den Staatsstraßen, Brücken, staatlichen Dämmen, dem Meeresstrand, Telegraphenwegen[39]). In Preußen kann über die Sachträgerschaft an Staatsstraßen (vgl. § 18 des Gesetzes vom 8. 7. 1875) aus der Abladung der Unterhaltspflicht an den zuständigen Provinzialverband nichts ausgesagt werden: denn das allein bezweckte die im § 18 des Gesetzes vom 8. 7. 1875 vorgenommene Übertragung der Staatsstraßen an die Provinzialverbände. Sachträger bleibt der preußische Staat. Der Fall des Eigentümers an der Substanz kann deswegen nicht in reiner Form vorliegen, weil immer irgendwie der Staat als Polizei dabei beteiligt ist[40]). Die Polizeibefugnisse aber sind positivrechtlich ausführlich geregelt worden[41]).

Aus dem von Maunz entwickelten System sind zwei außerordentlich wichtige Punkte zur Klarstellung herauszuarbeiten: 1. Die Begründung der Stellung des Staates als Pflichtsubjekt. 2. Die Unterteilung des Rechtsverhältnisses „öffentliche Sache" nach Gebrauchsmöglichkeiten.—

Zur Behandlung der ersten Frage ist das Zurückgehen auf die Grundformen staatlicher Tätigkeit notwendig[42]). Der Staat

---

35) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 178.

36) § 57 des Zuständigkeitsgesetzes.

37) Mandat den Straßenbau betr. vom 28. 4. 1781; Wegebaupflichtgesetz vom 12. 1. 1870.

38) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 181.

39) Eine ausführliche Aufzählung der in Frage kommenden Gesetze bei Maunz, a. a. O. S. 182, 183.

40) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 188.

41) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 189 ff.

42) Vgl. hierzu Maunz, a. a. O. S. 196 ff.

gilt als der Schöpfer des Rechts. Neben diesem geschaffenen Recht findet man das Gewohnheitsrecht als gewachsenes Recht; auch dies wird zum geltenden Recht gerechnet [43]). Hier handelt es sich nun um die Frage, ob der Staat nur Schöpfer des Rechtes ist, nicht darum, ob nur der Staat Schöpfer des Rechtes sein kann. Die Beantwortung der Frage ist deshalb wichtig, weil der Staat in der vorliegenden Konstruktion der öffentlichen Sache als Rechtsverhältnis als Rechtsperson angesehen werden soll und muß.

Die Rechtsordnung besteht aus einer Summe von Normen, aus der Norm leitet die Rechtsperson ihre Existenz her [44]). Wenn der Staat nun in Rechtsbeziehungen oder ein Rechtsverhältnis gestellt (Maunz) gedacht wird, kann dies nur in der Form der Rechtsperson geschehen. Man kann aber mit Rücksicht auf die Stellung des Staates als Schöpfer des Rechtes leicht zu der unsinnigen Folgerung geraten, daß durch die Schaffung der Rechtsordnung der Staat sich als Rechtsperson selbst schaffe. Erklärlicherweise kann der Staat sich selbst nicht schaffen, da in Verkettung von Staat und Recht die Ursache nicht identisch mit der Wirkung sein kann [45]). Trotzdem hat hier Verwirrung Platz gegriffen. Kelsen [46]) hat eingehend bewiesen, daß aus dieser Vermengung der Begriffe: Staat als Schöpfer des Rechts und Staat als Rechtsperson die Rolle von der Überordnung des Staates über die Untertanen entstanden ist (Subjektionstheorie). Im Anschluß an Kelsen mag man, da der Begriff Schöpfer des Rechts auch nur bildhaft ist und zu dem oben genannten Irrtum führt, den Staat als Träger der Rechtsordnung bezeichnen. Es ist dann ein Auseinanderhalten der Doppelrolle des Staates als Träger der Rechtsordnung und als ihr unterworfener Rechtsperson ermöglicht. Der Staat ist also als Pflichtsubjekt der Rechtsordnung gegenüber in ein Rechtsverhältnis im engeren Sinne einzubeziehen. Es ist damit möglich, das Wesen der „öffentlichen Sache", wenn man schon den Staat in diesem Gedankengang als oberstes Pflichtsubjekt erkannt hat, mit Rücksicht auf die abgeleiteten Träger öffentlicher Gewalt, in einem Rechtsverhältnis i. e. S. zu erkennen [47]). — Erklärlich ist, daß dann Konkurrenzfragen auftreten können, denn jedes Rechtsverhältnis i. w. S. besteht aus zwei Rechtsverhältnissen i. e. S., nicht aber ist ein jedes RV. i. e. S. notwendiger Bestand-

43) Vgl. Jung bei Stammler, a. a. O. § 209; vgl. S. 29 d. A.

44) Vgl. Hofacker, Der logische Aufbau, a. a. O. S. 12.

45) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 197.

46) Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Rechtsgeschäft, Arch. öff. Recht, Bd. 31, S. 190 ff.; „es ist von allergrößter Bedeutung . . . den Staat als Subjekt von Rechten und Pflichten, als Person, vom Staat als Träger der Rechtsordnung, als Rechtsautorität, formal zu scheiden (S. 191); auch S. 192; vgl. „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", 1923, die die Verwechslung offenlegen.

47) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 201, 207!, vgl. S. 72 d. A.

teil eines RV. i. w. S.[48]). Der zweite S. 73 d. A. genannte Punkt war die Vereinigung der Rechtsverhältnisse „öffentliche Sachen" mit den Gebrauchsmöglichkeiten wie Gemeingebrauch, Sondergebrauch, die sich am anschaulichsten aus einem schematischen Aufriß der zu praktischen Ergebnissen führenden Forschungen Maunz' ergibt:

Schema 1.

In den RV. öffentliche Sachen bestehen (S. 208)

solche, bei denen eine generelle Nutzung stattfindet. Verwirklichung des rechtlichen Erfolges, auf den der Selbstverpflichtungsakt der Behörde hinzielt (Widmung) allein durch Sachbestand — S. 208 — (Gemeingebrauch S. 280).

solche, bei denen eine individuelle Nutzung bestehen kann (S. 208). Diese wirksam allein durch die Konstruktion des verwaltungsrechtlichen Mantelrechtsgeschäfts = dem Rahmen zur Kundgabe der Nutzungsgewährung durch den Träger der öffentlichen Sache (S. 209 ff., 221).

Es entfaltet sich in:

Satzung (ausdrückliche Kundgabe)

Widmung (stillschweigende Festsetzung)

Diese sind Vorbereitungen zum Einzelnutzungsvertrag

↑

Dem entgegen: der Interessent mit Einzelnutzungsvertrag (S. 226), entweder mit Satzung oder Widmung entsteht das Einzelnutzungsrechtsverhältnis. (S. 226 — ein RV. i. w. S.)

Dies erweitert, da oft Fälle von noch unbestimmter zukünftiger Inhaltsgestaltung des Vertrages, in (S. 281)

Gemeingebrauch (generelle Inhaltsprägung) (S. 280/81)

Sondergebrauch (individ. Inhaltsprägung, reine Form) (S. 280/81)

Der Sondergebrauch als individuelle Nutzungsprägung enthält den zukünft. bereits festgelegten Gebrauch.

48) Vgl. S. 72 d. A. und Anm. 32 das.

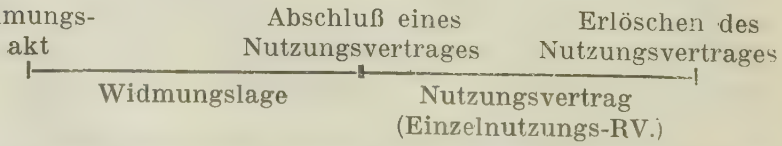
Als ein Beispiel für die individuelle Inhaltsprägung wird folgendes gegeben [49]): Solange eine Friedhofsordnung einer Gemeinde als Inhaltsprägung für künftig abzuschließende Grabstättenverträge besteht, liegt ein Rechtsverhältnis „öffentliche Sache" mit individueller Nutzungsmöglichkeit vor; wird diese Ordnung aufgehoben, so verschwindet eine individuelle Nutzungsmöglichkeit; es kann (positivrechtlich muß es meistens in diesem Falle) [50]) der Friedhof, also das Rechtsverhältnis öffentliche Sache, ohne individuelle Nutzungsmöglichkeit weiterbestehen. Das Beispiel ist durchaus einleuchtend.

Mit treffenden Worten kennzeichnet im übrigen Maunz den in Schema 1) dargestellten Gang [51]) in stufenweiser Folge.

1. „Der Schöpfungsakt der öffentlichen Sache. Der erste Akt ist die Verpflichtungserklärung eines Trägers öffentlicher Verwaltung zum Halten oder Bereithalten, und zwar bei genereller Nutzungsmöglichkeit ohne ein Mantelrechtsgeschäft, bei individueller Nutzungsmöglichkeit mit einem Mantelrechtsgeschäft verbunden. Im Mantelrechtsgeschäft erklärt die das Rechtsgeschäft vornehmende Person folgendes: Ich verpflichte mich, falls ein Nutzungsrechtsverhältnis zustande kommt, ihm den jetzt schon geprägten Inhalt zu geben."
2. „Der Bestand der öffentlichen Sache. Der zweite Akt ist der Zustand nach dem Schöpfungsakt der öffentlichen Sache. Er ist die Fortdauer der durch den Schöpfungsakt begründeten Rechtspflicht eines Trägers der öffentlichen Sache."
3. „Die Nutzung der öffentlichen Sache. Der dritte Akt ist der Abschluß eines Nutzungsrechtsverhältnisses. Darauf folgt der Bestand, die Abwicklung und das Erlöschen dieses Rechtsverhältnisses."

Hierzu findet man bei Maunz noch einen schematischen Aufriß [52]).

Schema 2.

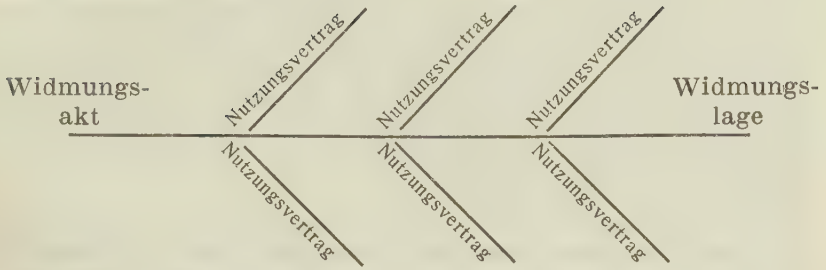


Diese Veranschaulichung eines einzigen Vertrages ändert sich mit Rücksicht auf die in Wirklichkeit unbestimmte Anzahl von Verträgen etwa nach folgendem Schema:

---

49) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 222.
50) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 223.
51) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 225, 226.
52) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 228.

Schema 3[53]).



Die Widmungslage geht vom Widmungsakt ins Unbestimmte hinaus; es schließt sich eine unbestimmte Anzahl unbestimmt andauernder Nutzungsverträge zu beliebiger Zeit (dem schematischen Aufriß nach also an beliebiger Stelle) an. —

Der Kernpunkt bei der Konstruktion der öffentlichen Sache als Rechtsverhältnis mit individueller Nutzung ist das der Form nach aus dem Zivilrecht entlehnte Mantelrechtsgeschäft. Durchaus einleuchtend zeigt Maunz[54]) dessen Notwendigkeit, um die Pflichtanwartschaft des Trägers der öffentlichen Sache zu halten und über Satzung oder Widmung hin das RV. i. w. S. den Einzelnutzungsvertrag zu erreichen. Von unbedingter Wichtigkeit ist rechtstechnisch der Fortbestand des Mantelrechtsgeschäfts bei bereits auf ihm entstandenen Einzelnutzungsverträgen. Würde das Mantelrechtsgeschäft erlöschen, wäre eine individuelle Nutzung zu Ende[55]). Konstruktiv wird daher das Mantelrechtsgeschäft als unabhängig von den auf ihm aufgebauten speziellen Rechtsgeschäften gedacht[56]). In Schema 2 würde also in der Widmungslage der Inhalt des Mantelrechtsgeschäfts liegen, dem ein Interessent einen in seinem Vertrag konkretisierten Einzelinhalt geben will. Wesentlich (vgl. Schema 1) ist noch die aus praktischen Erwägungen eingesetzte Erweiterung des Einzelnutzungsrechtsverhältnisses um den Gemeingebrauch als Inhaltsprägung. Es gibt auch bei dem Mantelrechtsgeschäft noch viele Fälle, in denen ein Benützer noch nicht über die endgültige individuelle Benutzung im klaren ist. — Der dogmatische Ausbau[57]) dieser Konstruktion, der wegen seiner Ausführlichkeit hier nicht wiedergegeben werden kann, zeigt die klare und einfache Linienführung wie die Konstruktion selbst. Die praktischen Ergebnisse der Konstruktion wurden eingangs dieses Abschnittes dargetan.—

53) Vgl. Anm. 52.
54) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 221, 222.
55) Vgl. das Beispiel von der Friedhofsordnung, S. 76 d. A.
56) Man vergleiche die Wirkung des Tarifvertrages im Arbeitsrecht.
57) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 231 ff.

Mit den hier gezeigten Grundgedanken ist ein Hineindenken in die neuen Formen um die „öffentliche Sache" ebensowenig schwierig, wie etwa im Zivilrecht die Konstruktion des Automatenvertragsangebotes und das Darauf-Eingehen seitens eines beliebigen Passanten. Die von Mayer so leidenschaftlich bekämpfte Zwischenstellung der Sache (= Substanz) zwischen öffentlichem und privatem Recht wird vermieden; die Eigentums- und auch die Sachenfrage als vorsachenrechtlich im öffentlichen Recht behandelt. —

Es wird allerdings stets und ständig notwendig sein, sich vor Augen zu halten, daß die öffentliche Sache ein Rechtsverhältnis ist und mit Körperlichkeit nichts zu tun hat. Dann wird man nicht mit Schultzenstein[58]) darauf kommen, die öffentliche Sache erst mit dem Rechtsvorgang der Nutzung entstehen zu lassen, noch wird man mit H. Schelcher[59]) die Sache vom Boden des Privatrechts auf den des öffentlichen Rechts „wandern" lassen und umgekehrt. Hierin liegt ebenso eine körperliche Vorstellung wie in den Gedankengängen Schultzensteins. Daß ein Rückfall nicht leicht zu vermeiden ist, zeigt sich selbst bei Maunz[60]); Maunz spricht einmal von der Gruppe der öffentlichen Sachen, an denen eine individuelle Nutzung stattfindet. —

Aus dem Bisherigen geht auch hervor, daß die so bekämpfte Theorie vom öffentlichen Eigentum, wollte man sie bejahen, auf Grund der Konstruktion als überflüssig angesehen werden muß, da, wie mehrfach betont wurde, die Eigentumsfrage im Sinne eines öffentlichen Sachenrechts eine vorsachenrechtliche Frage bedeutet[61]).

Die neue Konstruktion kann deshalb befriedigen, weil sie einerseits der Erhaltung des Eigentums in dem in der Einleitung berührten Satz gerecht wird, ohne auf römische Vorstellungen von latentem Eigentum[62]) zurückzugreifen, und weil sie nicht den privatrechtlichen Sachbegriff übernimmt, andererseits aber der völligen Verlegung der Rechtsverhältnisse ins öffentliche Recht entspricht.

Grundlegend aber erscheint nach allem folgendes: Das öffentliche Sachenrecht beginnt ebensowenig bei der Sache wie das Privatrecht[63])! Hieran ist als einem Angelpunkt festzuhalten.

---

58) Schultzenstein, VerwArch. Bd. 28 S. 180, 181.
59) Vgl. H. Schelcher, a. a. O. S. 351, 352, 353, 384.
60) Vgl. Maunz, a. a. O. S. 208 unter 2 b.
61) Vgl. auch Maunz, a. a. O. S. 230.
62) Vgl. Dernburgs Ansicht, S. 20 d. A.
63) Vgl. S. 28, 29, 41, 47 ff. (48!) d. A.

Der das Rechtsverhältnis „öffentliche Sache" erfüllende Sinn aber wird in dem Kampf der Ideen Eigentum gegen öffentliche Verwaltung erkannt [64]).

Die Darstellung der Entwicklung der „öffentlichen Sachen" (körperhafte Ausdrucksweise) besonders im römischen Recht war ein Kennzeichen für die Abhängigkeit der „öffentlichen Sache" von der Staatsauffassung. Ein Zurückführen der Forschungen um die öffentliche Sache auf den Staat war daher im Laufe der Abhandlung die notwendige Vertiefung des Sinnproblems [65]). Die jeweilige Staatsideologie wird die Grenzlinie der Spannung zwischen beiden Größen mehr oder weniger weit zu dem jeweiligen Kernpunkt hin verlegen. Die Darstellung der leitenden Ideen um das Eigentum, wie sie z. B. in der liberalistischen Bewegung voll zur Blüte kamen, wollte dies in der Einengung der öffentlichen Verwaltung nahebringen. Daß die heutige Entwicklung den entgegengesetzten Weg geht, wurde gleicherweise berührt. Man mag damit eine wellenartige Bewegung in der Rückkehr großer leitender Gedanken, hier der des Polizeistaates, erkennen. —

Die grundsätzliche Wichtigkeit der Probleme um das „öffentliche Eigentum" mag die Ausführlichkeit der zuletzt wiedergegebenen Lehre wie die Zurückführung auf die leitenden Ideen rechtfertigen. —

64) Vgl. die Herausarbeitung aus Mayers öffentlichem Eigentum, S. 60 ff. d. A. Vgl. auch Maunz, a. a. O. S. 310 ff.; vgl. Moll, Gruch. Beitr. Bd. 54 S. 313 fff Die klare Erfassung des Problems bei Moll, daß individ. u. soz. Weltanschauung sich bekämpfen, ist hervorzuheben (S. 317).

65) Vgl. z. B. S. 6; S. 9 Anm. 19; S. 16 Anm. 55; S. 22 Anm. 99; S. 37 Anm. 79; S. 47 Anm. 47; S 57 Anm. 102; S. 60 Anm. 118; S. 69 Anm. 17 d. A.

Lebenslauf.

Am 1. September 1908 wurde ich, Werner Steudel, als Sohn des Dipl.-Ing. Wilhelm Steudel und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Nover zu Essen geboren.

Ostern 1915 trat ich in die Vorschule des Reformrealgymnasiums Goetheschule Essen ein und verließ 1927 die Anstalt mit dem Reifezeugnis der realgymnasialen Seite.

Am 1. April 1927 begann ich zu kaufmännischer Ausbildung eine Lehrzeit in einem Hamburger Export- und Importhaus und beendete diese durch Vorlesungen und Kurse vertiefte Ausbildungszeit mit dem Monat September 1929.

Im Wintersemester 1929/30 ließ ich mich in die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Philipps-Universität in Marburg immatrikulieren. — Ich studierte in Marburg sechs Semester Rechtswissenschaften und bestand darnach am 4. Februar 1933 das erste juristische Staatsexamen.

Seit dem 6. Juni 1933 bin ich im Vorbereitungsdienst tätig. Am 3. Juli 1934 bestand ich an der Universität Marburg das juristische Doktorexamen.

Essen, im Oktober 1934.

Tit. Dig. I. 8.	Tit. Inst. II. 1.
1. Gaius libro . . . institutionum. Summa rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini juris, aliae humani. divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae . . . quod autem divini juris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani juris est, plerumque alienis in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. hae autem res quae humani juris sunt, aut publicae sunt, aut privatae. quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur, privatae autem sunt quae singulorum sunt.	. . . modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur.
§ 1. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. corporales hae sunt . . .	
L. 2. Marcianus libro tertio institutionum: Quaedam naturali jure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur	Quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur sicut ex subiectis apparebit.
§ 1. Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aer (et) aqua profluens, et mare et per hoc litora maris.	§ 1. Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aer (et) aqua profluens, et mare et per hoc litora maris.
L. 3. Florentinus . . . item lapilli, gemmae ceteraque, quae in litore invenimus, jure naturali nostra statim fiunt.	
L. 4. Marcianus (wie L. 2). Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa dum tamen villis et aedificiis abstineatur quia non sunt juris gentium sicut et mare. idque et divus Pius piscatoribus Forminianis Capenatis rescripsit.	Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur dum tamen villis et aedificiis abstineatur quia non sunt juris gentium sicut et mare.
§ 1. Sed flumina (paene) omnia et portus publica sunt.	§ 2. Sed flumina (paene) omnia et portus publica sunt. ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque
	§ 3. Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.
L. 5. Gaius libro cottidianorum: Riparum usus publicus est juris gentium sicut ipsius fluminis itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare retia siccare et ex mare reducere onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare, sed proprietas illorum est quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.	§ 4. Riparum usus publicus est juris gentium sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare. onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare, sed proprietas illorum est quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.

§ 1